6

DaLvShiJiaoNi
DaGuanSi

大律师教你打官司

劳动关系纠纷案例

在我国历史上，判例作为一种重要的法律形式，曾经发挥了重要的作用。在特定的历史时期，其地位和作用甚至超过了法典。

戴玉龙 陈国强/策划
陈国强 编著

第2版

我们选择司 疑难案例，
汇集成书，目的就在于此。希望这套案例丛书能够对广大法律工作者和一般读者
学习和掌握法律知识、处理法律纠纷、依法维护自身权益，能够有所裨益。

中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE

大律师 教你打官司丛书

DaLvShiJiaoNiDaGuanSi

① 大律师教你打官司——借贷·担保纠纷案例
② 大律师教你打官司——交通事故纠纷案例
③ 大律师教你打官司——房产物业纠纷案例
④ 大律师教你打官司——婚姻家庭纠纷案例
⑤ 大律师教你打官司——合同债务纠纷案例
⑥ 大律师教你打官司——劳动关系纠纷案例
⑦ 大律师教你打官司——人身侵权纠纷案例
⑧ 大律师教你打官司——医疗侵权纠纷案例
⑨ 大律师教你打官司——生活消费纠纷案例
⑩ 大律师教你打官司——保险关系纠纷案例

律师评说的经典案例，百姓身边的法律宝典。

上架建议：法律普及读物



定价：28.00元

DaLvShiJiaoNi DaGuanSi

大律师教你打官司

★

劳动关系纠纷案例

戴玉龙 陈国强/策划
陈国强 编著

中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

劳动关系纠纷案例/陈国强编著. - 2版
北京：中国经济出版社，2013.1
（大律师教你打官司丛书）
ISBN 978-7-5136-1879-3
Ⅰ.劳… Ⅱ.①陈… Ⅲ.劳动争议—案例—中国
Ⅳ.D922.591.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2012）第 219388 号

责任编辑　戴玉龙
责任审读　贺　静
责任印制　张江虹
封面设计　大象设计

出版发行　中国经济出版社
印 刷 者　北京市媛明印刷厂
经 销 者　各地新华书店
开　　本　880mm×1230mm　1/32
印　　张　14.25
字　　数　340 千字
版　　次　2013 年 1 月第 2 版
印　　次　2013 年 1 月第 1 次印刷
书　　号　ISBN 978-7-5136-1879-3/D·500
定　　价　28.00 元

中国经济出版社　**网址** www.economyph.com　**社址** 北京市西城区百万庄北街 3 号　**邮编** 100037
本版图书如存在印装质量问题，请与本社发行中心联系调换（联系电话：010-68319116）

劳动合同纠纷



1. 职工在服务期内辞职的，违约金如何计算?

【案情】

2009年，颜强应聘到某企业。试用期满后，某企业根据颜强的表现安排其到外地参加技术培训。双方在培训协议中约定：颜强接受培训后，必须在企业服务满3年，不满3年辞职的，将承担违约责任，赔偿企业支付的培训费用。某企业为颜强参加技术培训支付了1.5万元的费用。2009年10月，颜强完成培训，回某企业工作。2010年10月，颜强向某企业提出辞职。双方发生争议，颜强向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁委员会裁决：颜强应当赔偿某企业的培训费用。颜强对裁决不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告颜强诉称，依据《劳动法》和《劳动合同法》的规定，劳动者提前30日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。某企业在培训协议中约定服务期，限制劳动者解除劳动关系、自由择业的权利，该约定因违反法律而无效。请求人民法院判决解除原、被告的劳动关系，原告无需承担违约责任。

■ 被告某企业辩称，原、被告在培训协议中约定服务期和违约责任，符合《劳动合同法》规定。原告违反约定，在服务期内辞职，应当承担违约责任，赔偿被告支付的培训费用。



【律师点评】

《劳动争议调解仲裁法》于2007年12月29日通过，完善了我国劳动纠纷的处理程序。新法实施后，将取代《企业劳动争议处理条例》，成为处理劳动争议案件的法律依据。根据《劳动争议调解仲裁法》第5条的规定："发生劳动争议，当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的，可以向调解组织申请调解；不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；对仲裁裁决不服的，除本法另有规定的外，可以向人民法院提起诉讼。"一旦发生劳动争议，当事人可以选择通过协商、调解、仲裁、诉讼等途径获得解决。

《劳动争议调解仲裁法》贯彻了对劳动者的特殊保护原则。劳动争议申请仲裁的时效期间从60日延长为一年（从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算）；部分案件（追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准十二个月金额的争议；因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议）实行一裁终局，即仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力。劳动者对上述案件的仲裁裁决不服的，可以提起诉讼；用人单位只有在有证据证明上述案件的仲裁裁决存在"适用法律、法规确有错误；劳动争议仲裁委员会无管辖权；违反法定程序；裁决所根据的证据是伪造的；对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据；仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为"等情形时，才可以向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决。上述新规定体现了侧重于保护劳动者权益的立法精神，是法治社会文明、进步、追求公平、正义的体现。

《劳动争议调解仲裁法》第2条规定："中华人民共和国境内的

用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：（一）因确认劳动关系发生的争议；（二）因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议；（三）因除名、辞退和辞职、离职发生的争议；（四）因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议；（五）因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议；（六）法律、法规规定的其他劳动争议。”本案作为劳动合同履行期间因劳动者辞职发生的争议，属于法律规定的劳动争议范围。由于本案争议焦点不涉及程序法的规定，因此，我们对《劳动争议调解仲裁法》在这里不做更多的介绍。相关内容将在本书“劳动争议处理”部分详细阐述。下面，我们主要从本案的实体法律关系上进行分析。

《劳动合同法》第22条规定：“用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。用人单位与劳动者约定服务期的，不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。”《〈劳动合同法〉实施条例》第16条规定：“劳动合同法第二十二条第二款规定的培训费用，包括用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用以及因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用。”第17条规定：“劳动合同期满，但是用人单位与劳动者依照劳动合同法第二十二条的规定约定的服务期尚未到期的，劳动合同应当续延至服务期满；双方另有约定的，从其约定。”所谓服务期，是指由于用人单位提供专项培训费用，对劳动者进行专业技术培训，而由用人单位与劳动者双方在劳动合同中或者在服务期协议里约定的劳动者必须为该用人单位提供劳动的期间。

《劳动法》没有关于服务期的约定，各地的劳动合同立法中有的对服务期作了规定。在法律层面，《劳动合同法》是第一次规定了服务期。服务期不同于劳动合同期限。第一，劳动合同期限由双方订立劳动合同时约定，无需用人单位履行特别义务即可约定，而约定服务期，用人单位必须为劳动者履行了特别义务，提供了特别待遇。第二，服务期与劳动合同期限未必一致，可能短于劳动合同期限，也可能长于劳动合同期限。当服务期长于劳动合同期限时，应当优先适用服务期约定，因为服务期是劳动合同双方当事人之间的特别约定，应当优先于劳动合同期限这种一般规定。劳动合同双方当事人可以变更劳动合同中的期限条款或者续订劳动合同。或者重新订立劳动合同，以与服务期的约定相一致。

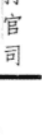
与劳动者约定服务期，用人单位应当对劳动者进行培训，培训费用是用人单位提供的专项培训费用，而且提供的培训必须是专业技术培训。用人单位不能因履行法定培训义务而享有与劳动者约定服务期及违约金从而对劳动者流动进行限制的权利。用人单位提供的培训必须是在法定培训义务之外进行的培训。专项培训费用，即专门用于对职工进行培训的费用。专业技术培训，即专业性、技术性的培训。用人单位对劳动者进行一般性培训，不能与劳动者约定服务期。

违反服务期约定，是指劳动者在服务期内解除劳动合同，不再履行劳动合同义务。违约金的数额按照双方在服务期协议中的约定履行，但不得超过法律规定的最高数额。约定的违约金不得超过用人单位提供的培训费用，是指劳动者违反服务期违约金的最高数额等于用人单位提供的培训费用。而劳动者违约时支付的违约金，不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。如培训费用10万元，服务期10个月，则每月分摊1万元；如果已经履行5个月，则违约金不得超过尚未履行5个月服务期所应分摊的5万元培训费用。

这样规定，旨在适度保护用人单位的权益。用人单位在法定培训

义务之外为劳动者提供了专业技术培训，在国家规定的培训费用之外提供了专项培训费用，相应的，用人单位可以与劳动者约定服务期及违反服务期约定的违约金。提供的专项培训费用与约定的服务期是相对应的，违反服务期约定的违约金最高限额即为用人单位提供的专项培训费用。如果服务期已经履行了一部分，则应当相应扣减违约金。

在本案中，原告接受被告提供的专业培训，被告为此支付了专项培训费用1.5万元，双方在培训协议中约定服务期和违约责任，符合《劳动合同法》的规定，合法有效。由于原告提出辞职时，约定的3年服务期已经实际履行了1年，原告所应当承担的违约金数额不应超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用，即1万元。



2. 职工患病在医疗期内的，单位能否终止合同？

【案情】

2000年，赵旭芹大学毕业后被某厂招聘为技术员，双方签订了5年的劳动合同。2005年，原合同到期后，又续签2年，合同期限自2005年10月1日至2007年9月31日。2007年9月5日，赵旭芹在上班时突发急病，住进了医院。合同期限届满后，某厂通知尚在住院治疗期间的赵旭芹原劳动合同终止，不再续签劳动合同。双方为此发生争议，赵旭芹向劳动争议仲裁委员会提出申请，要求撤销某厂终止劳动合同的决定。劳动争议仲裁委员会经审查后，认为某厂终止劳动合同决定侵犯劳动者合法权益，裁决予以撤销。某厂对裁决不服，向人民法院提起诉讼。在此期间，被告一直住院治疗。

【争鸣】

■原告某厂诉称，原、被告签订的劳动合同期限届满，自行终止。鉴于被告的病情和身体状况，已不存在续签劳动合同的可能。因此，原告终止劳动合同的决定并无不当，请求人民法院判决当事人双方的劳动关系自2007年10月1日起终止。

■被告赵旭芹辩称，自己在劳动合同期限届满前住院治疗，劳动合同期限应当顺延至法律规定的医疗期届满之日。原告终止劳动合同的决定侵犯了被告的劳动权益，请求人民法院判决予以撤销。



【律师点评】

《劳动合同法》第45条规定："劳动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。但是，本法第四十二条第二项规定丧失或者部分丧失劳动能力劳动者的劳动合同的终止，按照国家有关工伤保险的规定执行。"《劳动合同法》第45条规定的情形包括：（一）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；（二）在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；（三）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；（四）女职工在孕期、产期、哺乳期的；（五）在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；（六）法律、行政法规规定的其他情形。原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第34条也规定："除劳动法第二十五条规定的情形外，劳动者在医疗期、孕期、产期和哺乳期内，劳动合同期限届满时，用人单位不得终止劳动合同。劳动合同的期限应自动延续至医疗期、孕期、产期和哺乳期期满为止。"

根据原劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》（劳部发［1994］479号）的规定，医疗期是指企业职工因患病或非因工负伤停止工作治病休息不得解除劳动合同的时限。企业职工因患病或非因工负伤，需要停止工作医疗时，根据本人实际参加工作年限和在本单位工作年限，给予三个月到二十四个月的医疗期：（一）实际工作年限十年以下的，在本单位工作年限五年以下的为三个月；五年以上的为六个月。（二）实际工作年限十年以上的，在本单位工作年限五年以下的为六个月；五年以上十年以下的为九个月；十年以上十五年以下的为十二个月；十五年以上二十年以下的为十八个月；二十年以

上的为二十四个月。医疗期三个月的按六个月内累计病休时间计算；六个月的按十二个月内累计病休时间计算；九个月的按十五个月内累计病休时间计算；十二个月的按十八个月内累计病休时间计算；十八个月的按二十四个月内累计病休时间计算；二十四个月的按三十个月内累计病休时间计算。原劳动部《关于贯彻〈企业职工患病或非因工负伤医疗期规定〉的通知》（劳部发［1995］236号）规定："医疗期计算应从病休第一天开始，累计计算。如：应享受三个月医疗期的职工，如果从1995年3月5日起第一次病休，那么，该职工的医疗期应在3月5日至9月5日之间确定，在此期间累计病休三个月即视为医疗期满。其他依此类推"；"病休期间，公休、假日和法定节日包括在内。"

在本案中，被告于2000年大学毕业，到某厂工作，实际工作年限在十年以下，在本单位工作年限五年以上，医疗期应当为六个月。该医疗期应当自2007年9月5日被告住院治疗之日起算，在2007年9月5日至2008年9月5日之间累计计算。劳动合同的期限应当顺延至医疗期届满之日。在被告一直住院治疗的情况下，医疗期于2008年3月5日届满。劳动合同也应顺延至医疗期满方能终止。如果被告在治疗期间可以恢复工作的，应当让其恢复工作，劳动合同顺延至医疗期满，最迟至2008年9月5日；在此之前治疗终结的，终结之日为劳动合同届满之日。

2008年5月1日起实施的《劳动争议调解仲裁法》第47条规定："下列劳动争议，除本法另有规定的外，仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力：（一）追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准十二个月金额的争议；（二）因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议。"根据该法的规定，劳动者对上述劳动争议的仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起15日内向人民法

院提起诉讼。用人单位有证据证明上述劳动争议的仲裁裁决有下列情形之一，可以自收到仲裁裁决书之日起三十日内向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：(一）适用法律、法规确有错误的；(二）劳动争议仲裁委员会无管辖权的；(三）违反法定程序的；(四）裁决所根据的证据是伪造的；(五）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；（六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的。人民法院经组成合议庭审查核实裁决有上述情形之一的，应当裁定撤销。仲裁裁决被人民法院裁定撤销的，当事人可以自收到裁定书之日起15日内就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

本案是因执行国家有关劳动者患病享受医疗期的规定而发生的争议，属于《劳动争议调解仲裁法》第47条第2项规定的适用“一裁终局”的劳动争议范畴。劳动争议仲裁裁决为终局裁决，自作出之日起发生法律效力。用人单位如果不能举证证明仲裁裁决存在法律规定的情形，不能向人民法院申请撤销仲裁裁决。因此，在《劳动争议调解仲裁法》实施后发生的类似劳动争议，用人单位没有证据证明仲裁裁决存在“适用法律、法规确有错误”等情形，无权起诉申请撤销裁决。

3. 劳动者工作岗位发生变化，能否再规定试用期?

【案情】

2006年，杨超峰与某公司签订劳动合同。双方约定：劳动合同期限自2006年10月至2008年10月，试用期两个月，杨超峰的工作岗位为公司网站维护；公司可以根据形势需要和人事安排计划，调整工作岗位。2007年4月，试用期满，杨超峰被录用为正式职工。2007年10月，某公司对杨超峰的工作岗位进行了调整，将其调至产品开发部门，同时规定：其新工作岗位的试用期为1个月，原工资待遇不变。但试用期间不能胜任工作岗位的，解除劳动合同。杨超峰同意调整工作岗位，但对新的试用期提出异议，双方为此发生争议，杨超峰向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决：某公司因劳动者工作岗位发生变化，规定新的试用期，符合有关规范性文件。杨超峰对仲裁裁决不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告杨超峰诉称，原告在劳动合同约定的试用期满后已经被录用为正式员工。被告在调整工作岗位后规定新的试用期，试用期内不能胜任工作岗位的，解除劳动合同，显然侵犯了劳动者的合法权益，违反了劳动法律、法规的规定。请求人民法院确认被告关于新工作岗位试用期的规定无效。

■被告某企业辩称，根据有关规范性文件，劳动者的工种和工作岗位发生变化后，可以再次试用。被告根据劳动合同的约定，调整

原告工作岗位后，规定新的试用期，并不违反有关规定。



【律师点评】

《劳动法》第21条规定："劳动合同可以约定试用期。试用期最长不得超过六个月。"所谓试用期，是用人单位与新录用的劳动者在劳动合同中约定的相互考察了解的时间。用人单位可以考察了解劳动者是否符合招用条件，能否适应生产岗位和所从事的工种，其技术水平、业务能力、身体状况能否适应所担任工作任务的要求等。劳动者也可以考察了解用人单位提供的劳动条件是否符合劳动合同约定的标准，用人单位有无支付工资的能力，工资报酬与自己所从事的劳动是否相当，自己能否适应或胜任用人单位所安排的岗位及工作任务。试用期不是劳动合同的必备条款。是否约定试用期，由双方当事人根据情况协商，也可以不约定。当事人没有约定试用期的劳动合同不影响其成立与生效。

《劳动合同法》第19、20、21条对试用期进行了比较详细的规定。首先，试用期的期限：劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过两个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期。其次，试用期工资：劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

在试用期中解除劳动合同的条件包括：在试用期间被证明不符合录用条件的；严重违反用人单位的规章制度的；严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；劳动者同时与其他用人单位建立劳

动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同，致使劳动合同无效的；劳动者被依法追究刑事责任的；劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的。

试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。也就是说，当事人只能在劳动合同中约定试用期，试用期是劳动合同期限的有机组成部分，试用期本身包含在劳动合同期限之内。劳动合同仅约定试用期，是指劳动合同没有约定劳动合同期限，而仅仅约定了试用期，成为所谓的“试用期劳动合同”。如果劳动合同仅约定试用期，则试用期不成立，该期限为劳动合同期限。在此期限内，用人单位或者劳动者，均不能按照试用期的规定解除劳动合同。同时，用人单位应当对劳动者同工同酬。而不能只支付劳动者不低于同岗位最低工资或者劳动合同约定工资的80%的工资。

《劳动合同法》第19条第2款明确规定：“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。”在试用期内解除劳动合同，不管是用人单位解除还是劳动者解除，用人单位再次招用该劳动者时，不得再约定试用期。劳动者试用期结束后，无论在劳动合同期限内，还是劳动合同续订，劳动者岗位发生变化，用人单位不得再约定试用期。在试用期结束解除劳动合同后又招用劳动者的，用人单位不得再约定试用期。劳动合同终止后一段时间又招用劳动者的，对该劳动者，用人单位不得约定试用期。

将约定试用期的次数限制为一次，是考虑到劳动者的人品和基本技能，试用一次即可了解，无需再次试用。而现实中部分用人单位利

用劳动合同变更、续订等变动和再次招用的机会，多次与劳动者约定试用期，侵害了劳动者的合法权益。《劳动合同法》的这一规定，与劳办发［1994］289号文件、劳部发［1995］309号文件关于“试用期适用于初次就业或再次就业时改变劳动岗位或工种的劳动者”、“用人单位对工作岗位没有变化的同一劳动者只能试用一次”相冲突，按照法律层次看，应当执行《劳动合同法》的规定。也就是说，同一劳动者在同一单位即便是再次招用，并且岗位变化，用人单位也不能再约定试用期。

在本案中，原告试用期满后被录用为正式员工，被告调整其工作岗位后又规定新的试用期，明显违反了《劳动合同法》“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期”的规定；即便是从原劳动部发布的上述文件看，被告的做法也不符合上述文件的规定。上述文件规定再次就业并且岗位发生变化的劳动者，才可以约定试用期。原告在劳动合同期限内调整工作岗位，不属于再次就业的情况。而且，被告规定新的试用期内不能胜任工作岗位，即解除劳动合同，也不符合《劳动合同法》关于劳动合同解除条件的规定。根据《劳动合同法》的规定，劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的，才可以解除劳动合同，而不是劳动者不能胜任工作，就可以立即解除劳动合同。

4. 用人单位单方变更劳动合同的，如何解决？

【案情】

2007年5月，蔺慧丽与某企业签订劳动合同，成为该企业库管员。劳动合同期限为3年。半年后，某企业变更蔺慧丽的工作岗位，安排其担任企业门岗值班人员。蔺慧丽表示异议，拒绝交接工作和到新的工作岗位任职。某企业遂停发蔺慧丽工资，蔺慧丽向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决：某企业未经与劳动者协商一致，擅自变更劳动者工作岗位，违反法定程序，应予纠正；某企业应当补发蔺慧丽工资若干。某企业对仲裁裁决不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告某企业诉称，某企业因生产经营需要，对部分工作岗位进行调整，符合劳动法的规定。仲裁裁决错误，请求人民法院予以撤销，同时判决解除与被告的劳动关系。

■ 被告蔺慧丽辩称，原告在未与被告协商的情况下单方变更劳动合同，并停发被告工资的行为违反劳动法规，侵犯劳动者合法权益。仲裁裁决正确，请求人民法院予以维持。



【律师点评】

在本案中，原告与被告签订的《劳动合同》是双方当事人真实

意思表示，内容没有违反法律规定，该合同合法有效。《劳动法》第17条规定：“订立和变更劳动合同，应当遵循平等自愿、协商一致的原则，不得违反法律、行政法规的规定。劳动合同依法订立即具有法律约束力，当事人必须履行劳动合同规定的义务。”《劳动合同法》第35条规定：“用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。”

劳动合同的变更，是指已经存在的劳动合同关系，通过双方当事人再次协商，依法对原定条款作部分修改、补充或删除，重新调整当事人权利义务关系，使合同能够适应变化发展了的新情况，从而保证合同的继续履行。劳动合同的变更发生在合同生效后尚未履行完毕的时期，是双方当事人对劳动合同所约定的权利和义务的完善和发展过程，也是确保劳动合同得到全面履行、劳动过程顺利实现和劳动关系和谐的重要手段。

劳动合同变更的对象，应是劳动合同中的部分条款而非全部条款，并且应当具有以下特点：首先，是依法可以进行变更的条款。一些用人单位为了单方面免除自己的法定责任，在劳动合同变更时，通过修改、删除等方式规避自己的法定责任是无效的，比如逃避为劳动者办理失业和养老保险等。其次，是尚未履行或处在履行中的条款。如果某项条款已经履行完毕，则没有变更的必要，只需要双方协商一致取消即可。第三，需要变更的合同条款，是引起合同变更原因所指向的条款。前面提到，劳动合同变更的原因是为了更好地适应情况发展，保证合同的继续履行，那么需要变更的条款应当指向那些当初确立劳动合同时所考虑的，但是在变更时发生较大变化的因素。

劳动合同变更的成因很多，涉及的可变更条款也较多，按照成因可大致分为三类。其一，由用人单位的原因造成劳动合同变更的。比

如企业因为改制、转产或流程重组，需要变更劳动者的工作岗位或薪酬福利待遇。其二，劳动者自身的原因，比如因为家庭或求学等原因需要改变工作岗位的，患病、负伤或其他个人原因导致不能继续胜任现有岗位而申请掉换工作岗位的。其三，客观方面的原因。比如国家劳动政策法规发生重大变化，导致必须修改原劳动合同的有关条款的等。

按照规定，变更劳动合同的形式必须是协议变更，是书面的，变更的内容必须用书面形式记载。劳动合同变更生效的要件是变更劳动合同的双方当事人在变更劳动合同的书面协议上签字或者盖章。劳动合同变更与劳动合同订立相同，劳动合同文本必须由用人单位和劳动者各执一份。一般的协议变更主要包括以下主要环节：(一) 提出变更要求。需要变更劳动合同的一方当事人（用人单位或劳动者）应当提前向另一方提出变更合同的要求，说明变更理由和变更的条款，以及对方需要作出回复的期限。(二) 对方在得知当事人变更合同的要求后，应当及时作出答复。(三) 签订书面的变更协议。如果双方均同意变更合同的，应当达成书面变更协议，并签字或者盖章。

在本案中，原告在未与被告协商一致的情况下，单方作出变更被告工作岗位的决定，并停发工资，其行为违反了劳动法规的有关规定，侵犯了原告的合法权益，是有过错的。故该行为无效，其所作出的决定没有法律效力。《劳动合同法》第40条规定："有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：…… (三) 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。"如果原告确有需要变更劳动者工作岗位，如因生产经营需要，订立劳动合同时的情况发生变化，导致原劳动合同无法继续履行，应当与劳动者

进行协商，在协商不成的情况下可以解除劳动合同，但必须提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资。在未与被告协商，也未履行提前通知程序的情况下，要求解除劳动合同，无法得到法律支持。

5. 职工受到治安处罚的，单位能否解除劳动合同？

【案情】

秦勇波是某企业职工。2007 年 8 月，秦勇波因无照驾车被处以拘留 10 日、罚款 2000 元的治安处罚。某企业遂以秦勇波受到治安处罚为由，宣布解除与其的劳动合同。秦勇波对某企业的处理决定不服，向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。劳动争议仲裁委员会裁决：某企业解除劳动合同的决定缺乏法律依据，予以撤销。某企业对仲裁裁决不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告某企业诉称，被告因违法行为受到治安处罚，原告解除与被告的劳动关系，其目的是为了强化员工法制观念，教育广大员工遵纪守法，维护企业的形象和声誉，并无不当。遵守国家法律、法规，也是一个合格劳动者应当具备的基本素质。被告的行为说明其不具备合格员工的基本素质，劳动关系应当予以解除。仲裁裁决错误，请求人民法院予以撤销。

■ 被告秦勇波辩称，被告并不具备劳动法律、法规规定的解除劳动合同的情形，原告的决定缺乏法律依据，仲裁裁决正确，请求人民法院予以维持。



【律师点评】

《劳动法》第25条规定："劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；（二）严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的；（四）被依法追究刑事责任的。"《劳动合同法》第39条规定："劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；（二）严重违反用人单位的规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；（六）被依法追究刑事责任的。"根据上述法律规定，具备了以下几种情况，用人单位可以解除劳动合同，并且不需要提前通知劳动者：

（一）劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的，用人单位可以解除劳动合同。这包括：第一，用人单位招聘该劳动者时，有明确的有文字记载的录用条件。第二，劳动者各方面的表现与录用条件的要求不相符合。第三，用人单位必须提供确凿的证据证明劳动者不符合录用条件。需要注意的是，这里是否是"在试用期间"，应当以劳动合同合法约定的期限为准。如果劳动合同约定的试用期超过法律规定试用期的上限，则按法律规定的上限为准。只要劳动者的工作时间超过试用期，用人单位就不能以劳动者在试用期间被证明不符合录用条件为由与劳动者解除劳动合同。

（二）劳动者严重违反用人单位的规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。劳动者严重违反用人单位的规章制度包括以下含

义：一是“规章制度”必须是用人单位根据劳动法律、法规制定的有效的规章制度，有效的规章制度才能适用于劳动者；二是作为用人单位的职工，劳动者有义务遵守用人单位的规章制度；三是劳动者没有遵守本应遵守的规章制度；四是劳动者违反规章制度，从程度和影响来判断，属于“严重违反”。需要说明的是，违反规章制度，是否严重，由用人单位来判断，但应符合本单位一般职工的判断。当然，如果因解除劳动合同引发劳动争议，还应接受劳动仲裁机构的审查。

（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的，用人单位可以解除劳动合同。严重失职，是指劳动者应当做，有能力做，而事实上没有做的行为，并且从程度和影响两个方面来看，该行为属于严重。营私舞弊，是劳动者为了牟求私利而进行欺骗的行为。严重失职或者营私舞弊，都必须导致用人单位遭受重大损害，才构成用人单位解除劳动合同的条件。不同的企业，因为经营规模和所在行业的特点的不同，其重大损害的标准也不同，总的原则应当是公平合理。在企业内部，关于重大损害的标准属于和劳动者切身利益相关的管理制度，在制定过程中应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定，并在企业规章制度中明确。如果企业的规章制度没有明确重大损害的衡量标准，因解除劳动合同引发劳动争议，在劳动仲裁期间，由仲裁机构参照行业和相关企业的特点以及企业的经营规模、经营效益、员工人数和员工收入等情况裁定。

（四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的，用人单位可以解除劳动合同。劳动者与本单位以外的用人单位建立劳动关系，同时为其他用人单位提供劳动，势必影响劳动者的精力，如果对完成本单位的工作任务造成严重影响的，用人单位可以解除劳动合

同。"严重"的判断与前述相同。劳动者与本单位以外的用人单位建立劳动关系，同时为其他用人单位提供劳动，即使没有影响完成本单位的工作任务，但是如果用人单位要求劳动者改正，而劳动者拒绝改正的，用人单位可以解除劳动合同。值得说明的是，劳动者与其他用人单位建立劳动关系，如果既没有影响完成本单位的工作任务，用人单位也没有提出异议，则法律并不禁止劳动者与两个以上的用人单位建立劳动关系。

（五）劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同，致使劳动合同无效的，用人单位可以解除劳动合同。欺诈，是指为让用人单位发生错误认识，劳动者故意虚构事实或者隐瞒真相的行为。虚构事实，是指捏造并不存在的情况；隐瞒真相，是指将必须说明的情况隐瞒不说。胁迫，是指劳动者以现实或者将来的危害威胁用人单位。乘人之危，是指劳动者利用用人单位处于危难之中急需订立劳动合同的弱势地位。以上三种行为，其结果都须使对方在违背其真实意思的情况下订立劳动合同，出现上述情况，经劳动争议仲裁机构或者人民法院确认，劳动合同无效或者部分无效。

（六）劳动者被依法追究刑事责任的，用人单位可以解除劳动合同。劳动者被依法追究刑事责任的，用人单位无需事先通知劳动者即可解除劳动合同。需要注意的是，在劳动者被依法追究刑事责任事实的认定上，《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》第29条规定："劳动者被依法追究刑事责任的，用人单位可依据劳动法第二十五条解除劳动合同。'被依法追究刑事责任'是指：被人民检察院免予起诉的、被人民法院判处处罚的、被人民法院依据刑法第三十二条免予刑事处分的。劳动者被人民法院判处拘役、三年以下有期徒刑缓刑的，用人单位可以解除劳动合同。"第31条规定："劳动者被劳动教养的，用人单位可以依据被劳教的事实解除与该劳动者的劳动

合同。”

在本案中，被告受到的是公安机关给予的治安处罚，没有被司法机关追究刑事责任。同时，被告也不具有劳动法律、法规规定的其他可以由用人单位解除劳动合同的情形，因此，原告解除与被告的劳动合同，缺乏法律依据，仲裁裁决予以撤销是正确的。原告认为解除劳动合同可以教育其他员工养成遵纪守法的良好习惯，并不能作为违反劳动法律、法规，侵犯劳动者权益的理由。相反，由于原告本身的决定就是违法的，在教育员工上所起的作用只能是适得其反。

6. 劳动合同期满后未续订但仍维持劳动关系的，解除劳动关系后应否给予经济补偿？

【案情】

王宏琦于2001年6月到某企业工作，双方签订了3年的劳动合同。2004年6月，劳动合同期满后，双方未续订劳动合同，但王宏琦仍在该企业工作，该企业也按原劳动合同约定向其发放工资并承担各项福利待遇。2007年10月，某企业提出终止劳动关系，王宏琦表示同意，但双方因经济补偿问题发生争议，向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁结论为：双方的劳动关系属于终止而非解除，依据现行法律规定，不发生经济补偿问题。王宏琦对仲裁结论不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告王宏琦诉称，在原劳动合同期满后，原、被告双方仍以合同约定条件继续履行义务，形成了事实劳动关系。双方经协商一致解除劳动关系的，被告应当给予经济补偿。

■ 被告某企业辩称，依据有关司法解释的规定，劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，原用人单位未表示异议的，视为双方同意以原条件继续履行劳动合同。一方提出终止劳动关系的，人民法院应当支持。由于原、被告的劳动关系属于终止而非解除，依据现行法律，不存在经济补偿问题。



【律师点评】

本案属于解除劳动关系后因经济补偿问题发生的争议。按照新颁布的《劳动争议调解仲裁法》的规定，“追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准十二个月金额的争议”，仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力。具体而言，劳动者对仲裁裁决不服的，可以向人民法院起诉，用人单位只有在有证据证明上述争议的仲裁裁决存在“适用法律、法规确有错误；劳动争议仲裁委员会无管辖权；违反法定程序；裁决所根据的证据是伪造的；对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据；仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为”等情形时，才可以向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决。也就是说，因追索经济补偿金而发生的劳动争议，诉讼标的金额只要不超过当地月最低工资标准十二个月，劳动争议仲裁委员会做出的裁决就是终局裁决，劳动者和用人单位享有的诉权是不平等的。

《劳动合同法》第46条规定：“有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：(一) 劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的；(二) 用人单位依照本法第三十六条规定向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的；(三) 用人单位依照本法第四十条规定解除劳动合同的；(四) 用人单位依照本法第四十一条第一款规定解除劳动合同的；(五) 除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，依照本法第四十四条第一项规定终止固定期限劳动合同的；(六) 依照本法第四十四条第四项、第五项规定终止劳动合同的；(七) 法律、行政法规规定的其他情形。”根据上述法律规定，劳动合同不论是解除还是终止，都发生经济补偿问题，具体包括以下几种情况：

第一，用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；未及时足额支付劳动报酬的；未依法为劳动者缴纳社会保险费的；用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，和用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；劳动合同违反法律、行政法规强制性规定，致使劳动合同无效的，以及法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形下，劳动者解除劳动合同的，有权获得经济补偿。

第二，用人单位向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的，劳动者有权获得经济补偿。

第三，劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的，在上述情形下，用人单位解除劳动合同的，应当给予经济补偿。

第四，依照企业破产法规定进行重整的；生产经营发生严重困难的；企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的，在上述情形下，用人单位解除劳动合同的，应当给予劳动者经济补偿。

第五，除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，固定期限劳动合同期满终止的，劳动者有权获得经济补偿。

第六，用人单位被依法宣告破产的；用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的，因上述情形劳动合同终止的，劳动者有权获得经济补偿。

第七，在法律、行政法规规定的其他情形下，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。

根据《劳动合同法》第47条的规定，经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。所谓月工资，是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。

同时，《劳动合同法》第97条第3款规定："本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止，依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自本法施行之日起计算；本法施行前按照当时有关规定，用人单位应当向劳动者支付经济补偿的，按照当时有关规定执行。"《劳动合同法》自2008年1月1日起施行。本案原、被告之间的劳动关系在《劳动合同法》施行前解除（终止），应当适用当时的有关规定。依据当时有关规定，只有在劳动合同的当事人违反或解除劳动合同的情况下，才发生经济补偿问题，如果劳动关系因故终止的，不存在经济补偿问题。如《劳动法》第28条规定："用人单位依据本法第二十四条、第二十六条、第二十七条的规定解除劳动合同的，应当依照国家有关规定给予经济补偿。"因此，本案的当事人双方争议的焦点是劳动关系究竟是解除还是终止。

本案的当事人双方签订的劳动合同于2004年6月期满。原劳动合同期满后双方虽未续订劳动合同，但仍按原劳动合同的约定履行义

务，从而形成事实上的劳动关系。事实劳动关系的形成主要表现为两种形式：用人单位和劳动者自始未签订劳动合同和劳动合同期满后双方未续签，但劳动者仍留在原单位工作。最高人民法院在2001年出台的《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》中第16条规定："劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，原用人单位未表示异议的，视为双方同意以原条件继续履行劳动合同。一方提出终止劳动关系的，人民法院应当支持。"在原劳动合同期满双方未续订劳动合同，但仍维持劳动关系的情况下，一方有权提出结束劳动关系，上述司法解释认定为劳动关系终止。根据《劳动合同法》施行前的规定，不发生经济补偿问题。这一司法解释的表述有欠妥当。

由于劳动合同的签订往往主动权在用人单位，我国大量存在的事实劳动关系与用人单位漠视劳动者权益，不愿与之签订或续订劳动合同有很大的关系，所以将事实劳动关系的结束定性为劳动关系的解除，不仅可以督促单位依法与劳动者订立劳动合同，更好地保护劳动者的基本权利，也可以防止单位任意解除劳动关系，消除隐藏的劳动争议隐患。从合同法的原理上讲，当事人订立合同，可以采用书面形式、口头形式和其他形式，法律、行政法规规定采取书面形式的，应当采用书面形式。事实劳动关系中的用人单位和劳动者之间虽然没有书面合同，但在实践中，双方都会就工作内容、报酬、劳动纪律等进行口头约定，只是未采取法定的合同形式。而且，合同法也规定，法律、行政法规规定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

可见，事实劳动关系也应属于劳动合同关系。而在劳动合同期满双方未续订合同，但仍继续履行原合同的情形，就表明原合同已续延。在双方未约定劳动合同的期限或劳动合同终止的条件的情况下，从保护劳动者的原则出发，应将其视为无固定期限的劳动合同。对于无固定期限的劳动合同，一方提出或者双方协商终止劳动关系的，都

是解除劳动合同的行为，用人单位依法应当给付劳动者一定的经济补偿金。另外，从本案实际出发，原劳动合同于2004年6月期满，原告仍在被告处工作，被告未表示异议，应视为双方同意以原条件继续履行劳动合同。被告作为用人单位在此后要求终止合同的，应在合同期限届满后的合理期限内提出。劳动合同期限届满后，被告仍长期与原告保持劳动关系，却没有与之订立劳动合同，责任在被告。被告在劳动合同期满后3年多提出终止劳动关系，已经超出了终止双方劳动关系的合理期限，该行为视为解除与原告之间的劳动合同关系，应对原告进行补偿。

《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第5条规定："经劳动合同当事人协商一致，由用人单位解除劳动合同的，用人单位应根据劳动者在本单位工作年限，每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金，最多不超过十二个月。工作时间不满一年的按一年的标准发给经济补偿金。"第11条第1款规定："本办法中经济补偿金的工资计算标准是指企业正常生产情况下劳动者解除合同前十二个月的月平均工资。"原告于2001年6月到被告处工作，至2007年10月解除劳动关系，时间达6年零4个月，按照上述规定，原告应当获得相当于解除合同前12个月的月平均工资7倍的经济补偿。

7. 员工未提前通知用人单位而径行辞职的，用人单位能否扣留其档案？

【案情】

朱岩是某企业职工。2007 年 5 月，朱岩在未通知单位的情况下自行辞职，离开了某企业。此后，某企业一直未给其办理解除劳动合同的证明，也未办理档案转移手续。在多次找某企业要求办理上述手续未果的情况下，朱岩向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，仲裁裁决：解除当事人之间的劳动关系，某企业应当在 1 个月内为朱岩办理档案转移手续并出具解除劳动合同证明。某企业对仲裁裁决不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告某企业诉称，被告在未通知原告的情况下不辞而别，违反劳动法规关于解除劳动合同程序的规定，劳动关系仍然存续。原告有权不给其办理档案转移手续并不出具劳动合同解除的证明。

■ 被告朱岩辩称，被告虽然在解除劳动合同前未提前通知原告，但双方劳动关系自被告辞职之日起已经实际解除。原告应当按照法律规定为其办理档案转移手续，出具证明文件。



【律师点评】

《劳动合同法》第 50 条规定："用人单位应当在解除或者终止劳

动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。劳动者应当按照双方约定，办理工作交接。用人单位依照本法有关规定应当向劳动者支付经济补偿的，在办结工作交接时支付。用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存二年备查。”根据上述法律规定，用人单位和和劳动者在劳动合同解除和终止的同时都要履行一定的义务。

用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并直接送达职工本人；本人不在的，交其同住成年亲属签收。直接送达有困难的可以邮寄送达，以挂号查询回执上注明的收件日期为送达日期，只有在受送达职工下落不明，或者用上述送达方式无法送达的情况下，方可公告送达，即张贴公告或通过报刊等新闻媒介通知。自发出公告之日起，经过十五日，即视为送达。能用直接送达或邮寄送达而未用，直接采用公告方式送达，视为无效。根据《失业保险条例》的有关规定，城镇企业事业单位还应当告知失业人员享受失业保险待遇的权利，并将失业人员名单自终止或者解除劳动关系之日起七日内报社会保险经办机构备案。

用人单位应在十五日内为劳动者办理档案和社会保险转移手续，如果劳动者不提供转移去向，用人单位应自劳动者离职十五日内，按国家规定将其档案转移至其户口所在地有关部门。凡是依法应当由用人单位为劳动者缴纳的社会保险费用，在劳动合同终止时用人单位应当负责全部缴纳，用人单位依照本法规定应当向劳动者支付经济补偿的，要在办结工作交接手续时支付。用人单位对已经解除或者终止的劳动合同文本，至少保存二年备查，这样规定，一是为了留存档案，发生争议时有据可查；二是督促用人单位与劳动者订立书面劳动合同，即使劳动合同解除或者终止后，劳动保障监察部门仍然有可能检查劳动合同文本。

劳动者应当按照双方约定，办理工作交接。如交换自己保管的用

人单位的生产工具，将自己做完的工作向用人单位报告，尚未做完的工作报告进度等。用人单位应当支付经济补偿金的，在办结工作交接手续时向劳动者支付，劳动者办理工作交接与用人单位支付经济补偿金应同时履行。

《合同法》第92条规定："合同的权利义务终止后，当事人应当遵循诚实信用原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。"劳动部劳力字［1992］33号《企业职工档案管理工作规定》第18条规定："企业职工调动、辞职、解除劳动合同或被开除、辞退等，应由职工所在单位在一个月内将其档案转交其新的工作单位或其户口所在地的街道劳动（组织人事）部门。职工被劳教、劳改，原所在单位今后还准备录用的，其档案由原所在单位保管。"第19条规定："转递档案应遵守下列规定：（一）通过机要交通或派专人送取，不准邮寄或交本人自带。（二）对转出的档案，必须按统一规定的'企业职工档案转递通知单'（见附件二）的项目登记，并密封包装。（三）对转出的材料，不得扣留或分批转出。（四）接收单位收到档案经核对无误后，应在回执上签名盖章，并将回执立即退回。逾期一个月转出单位未收到回执应及时催问，以防丢失。"

用人单位在解除劳动合同后，仍然负有给劳动者办理相关手续，甚至保管他人在解除劳动合同后寄给该劳动者的信件、资料等义务，这属于合同的附随义务。由此可见，办理劳动合格解除证明、移交档案等手续是用人单位在与劳动者终止劳动合同以后必须履行的法定义务。原告以被告违反法定程序解除劳动合同为由，拒绝给被告办理出具证明、转移档案的手续，理由不成立。并且，《劳动合同法》第89条规定："用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。"如果用人单位未依法给劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明，劳动者因此而遭受损失的，例如，未能及

时、足额享受失业保险待遇、再就业受到不利影响等，由用人单位向劳动者承担赔偿责任。本案中被告如果受到上述损失，可以要求原告给予赔偿。

《劳动合同法》第37条规定："劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。"第90条规定："劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。"如果被告未提前通知原告即自行辞职，给原告造成损失的，应当承担赔偿责任。按照《违反〈劳动法〉有关、劳动合同规定的赔偿办法》第4条的规定，"劳动者违反规定或劳动合同的约定解除劳动合同，对用人单位造成损失的，劳动者应赔偿用人单位下列损失：(一) 用人单位招收录用其所支付的费用；(二) 用人单位为其支付的培训费用，双方另有约定的按约定办理；(三) 对生产、经营和工作造成的直接经济损失；(四) 劳动合同约定的其他赔偿费用。"原告可以要求被告赔偿上述损失，但无权扣留其档案和拒绝为其办理相关证明。

8. 用人单位规定：任何失职行为均作开除处理，是否合法？

【案情】

胡春明是某厂的机床操作工。2007 年 9 月，胡春明在值夜班期间，由于粗心大意，导致部分产品不符合规格，造成经济损失 800 余元。某厂经研究后，决定将其开除，解除劳动合同。该决定经过了职工代表大会讨论，依据是该厂于 2006 年制定的《职工奖惩办法》。该办法规定：职工在工作中有任何失职行为，给企业造成经济损失的，均作开除处理，立即解除劳动合同。胡春明对某厂的处理决定不服，向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。劳动争议仲裁委员会裁决维持某厂的处分决定，解除当事人之间的劳动关系。胡春明不服仲裁裁决，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告胡春明诉称，原告在工作中一贯认真负责，热爱自己的工作岗位，刻苦钻研，提高劳动技能，并受到过被告的表彰和奖励。原告生产的产品在此次生产事故前从未出现过不合格的情况。此次生产事故完全是意外，而且造成的经济损失比较轻微。根据原告以往的表现和事故的性质，被告作出将原告开除，立即解除劳动关系的决定，处罚过重，对原告显失公平。被告制定的《职工奖惩办法》规定：职工在工作中有任何失职行为，给企业造成经济损失的，均作开除处理，立即解除劳动合同。该规定与劳动法律、法规的有关规范相

违背，属于无效规定。因此，被告依据该规定作出的处理决定无效，请求人民法院予以撤销。

■ 被告某厂辩称，被告制定的《职工奖惩办法》经过职工代表大会讨论通过，得到工会组织的确认，符合法定程序，合法有效。被告依据该办法的规定对原告进行处理，并经过职工代表大会讨论，并无不当。原告的失职行为虽然情节轻微，但原告对企业的规章制度属于明知故犯，被告有权解除与原告的劳动合同。



【律师点评】

《劳动法》第4条规定："用人单位应当依法建立和完善规章制度，保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务。"《劳动合同法》第4条规定："用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。"根据上述法律规定，被告制定的《职工奖惩办法》经过职工代表大会讨论，并得到工会组织确认；依据该办法对原告作出的开除决定经过了职工代表大会讨论，符合法定程序。也就是说，该办法和对原告的处理决定形式上是合法的，其是否有效，取决于规章支付的实体内容与法律、法规是否产生相违背的情况。

原告认为：被告制定的《职工奖惩办法》规定：职工在工作中有任何失职行为，给企业造成经济损失的，均作开除处理，立即解除劳动合同。该规定与劳动法律、法规的有关规范相违背，属于无效规定。因此，被告依据该规定作出的处理决定无效。《劳动法》第25条和《劳动合同法》第39条均规定：劳动者严重违反用人单位的规章制度的，以及严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的，用人单位可以解除劳动合同，并且不需要履行提前通知的程序。这里所说的劳动者违反规章制度，从程度和影响来判断，属于"严重违反"。违反规章制度是否严重，由用人单位来判断，但应符合本单位一般职工和普通人的理性判断。"规章制度"必须是用人单位根据劳动法律、法规制定的有效的规章制度。这里所说的严重失职或者营私舞弊，都必须导致用人单位遭受重大损害，才构成用人单位解除劳动合同的条件。不同的企业，因为经营规模和所在行业的特点的不同，其重大损害的标准也不同，总的原则应当是公平合理。而被告制定的《职工奖惩办法》规定：职工在工作中有任何失职行为，给企业造成经济损失的，均立即解除劳动合同。显然与劳动法律、法规的规定相违背，对劳动者的要求和规定的处罚过于苛刻，侵犯了劳动者的合法权益。因此，该规定属于无效的规定。

原告的失职行为属于初犯，造成的财产损失比较轻微，不论是从违反劳动纪律和用人单位规章制度的角度，还是从给企业造成损害的角度，都不构成严重违反或者重大损害的情形。对原告作出开除和解除劳动合同的处理，显失公平，不符合劳动法律、法规的规定。因此，该处理决定应当是无效的。

9. 用人单位以末位淘汰制辞退劳动者的，是否合法？

【案情】

王后庆于2006年被某公司招聘为员工。双方签订了5年的劳动合同。合同约定：某公司实行末位淘汰制，员工在年终绩效考核中处于末位的，终止劳动合同。在2007年度的年终考核中，王后庆处于末位，某公司宣布终止与原告的的劳动关系。王后庆不服，向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，仲裁裁决：维持某公司终止劳动关系的决定。王后庆遂向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告王后庆诉称，被告实行的末位淘汰制，违反了我国劳动法律、法规有关劳动合同终止、解除的规定，侵犯了劳动者的合法权益。请求人民法院判决被告辞退原告的决定无效。

■ 被告某公司辩称，末位淘汰制是被告在公司内部管理中引入竞争机制，调动员工劳动积极性的措施。《劳动法》和《劳动合同法》均规定："劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的"，用人单位可以解除劳动合同。这种"不能胜任"，只能通过具体的考核制度和竞争来确定。末位淘汰制符合劳动法律、法规的规定。另外，当事人双方在劳动合同中明确约定了末位淘汰制，末位淘汰应当视为约定的劳动合同终止条件。原告在年终考核中处于末位，符合约定的劳动关系终止条件，被告终止与原告的劳动合同，符合法律规定与劳动合同约定。请求人民法院予以维持。



【律师点评】

《劳动合同法》第40条第2项规定："有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：……（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；"从该条的规定中能否引申出末位淘汰制呢？"不能胜任工作"是指劳动者不能按照劳动合同的约定工作任务或者同工种、同岗位人员的工作量。"末位"和"劳动者不胜任工作"性质是不同的。如一个劳动者完成了用人单位规定的生产任务和劳动定额，但其他人都超额完成，劳动者虽排在末位，但并不属于"不胜任工作"。

原、被告签订的劳动合同中约定了末位淘汰制，能否视为当事人约定的劳动合同终止条件呢？《劳动法》第23条规定："劳动合同期满或者当事人约定的劳动合同终止条件出现，劳动合同即行终止。"《劳动合同法》第44条规定："有下列情形之一的，劳动合同终止：（一）劳动合同期满的；（二）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；（三）劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；（四）用人单位被依法宣告破产的；（五）用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；（六）法律、行政法规规定的其他情形。"劳动合同的终止通常是指劳动合同因经过一定时间或特殊情况的出现而自动终止。在本案中，原告与被告之间的劳动合同不是自行终止的，双方的劳动关系处于存续状态，没有出现《劳动合同法》规定的上述终止条件。劳动关系的终止是因为原告在年终考核中处于末位，被告单方解除劳动合同。从表面上看，末位淘汰是当事人双方约定的劳动关系终止条件，实质上仍然是用人单位单方解除劳动关系。

《劳动法》规定的“当事人约定的劳动合同终止的条件出现”，是指双方在签订劳动合同时，对因意外事件的出现和当事人失去履行合同能力而不能继续履行合同规定的权利和义务时，所作出的前瞻性的终止合同效力的约定，如用人单位破产、劳动者死亡或遭遇自然灾害等。将末位淘汰制纳入当事人约定的劳动合同终止条件范围之内，对劳动者而言是不公平的。《劳动合同法》第3条规定：“订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。”但由于在用人单位和劳动者之间实际上的不平等地位，处于强势地位的用人单位往往会把苛刻的、不平等的条件强加给劳动者，违反合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的劳动合同订立原则。如果允许当事人双方约定末位淘汰制为劳动合同终止条件，实际上是纵容用人单位漠视劳动者权益，把过于苛刻的条款强加给劳动者，违背劳动法律、法规的立法精神和本意。

因此，末位淘汰制不符合劳动法律、法规关于劳动合同终止、解除的规定，不具有法律效力。被告根据末位淘汰制终止与原告的劳动关系，该决定无效，应当予以撤销。

10. 因解除劳动合同引起纠纷的，举证责任由谁承担?

【案情】

2007年3月，韩雨与某企业签订了劳动合同。劳动合同约定：韩雨的试用期为6个月；试用期工资为1000元。在试用期内，韩雨拼命工作，有活就抢着干，希望能给单位留下一个好的印象，不想失去这份来之不易的工作。但让韩雨担心的事情却发生了，在试用期的第五个月，单位人事部门通知韩雨，由于他在试用期内不能胜任自己的工作岗位，单位决定解除与他的劳动合同。韩雨找到单位领导，询问自己有什么地方不能胜任工作，为什么被无故解除劳动合同。单位领导的态度十分蛮横，“想开你就开你，还要什么理由吗?”韩雨觉得十分委屈。后来经人指点，他才明白：这家单位就是通过这样的方式来降低工资成本的。试用期的员工马上就要转正的时候，找个理由将其开除，然后再录用新的员工，还是给试用期的工资。明白了个中的奥秘后，韩雨决定用法律的武器保护自己的合法权益，申请劳动争议仲裁。仲裁裁决：维持某企业的决定。韩雨向人民法院提起诉讼。在诉讼中，某企业没有提供证明韩雨不胜任工作的任何证据。

【争鸣】

■ 原告韩雨诉称，某企业在没有任何正当理由的情况下解除与自己的劳动关系，违反劳动法规以及劳动合同的约定，应当依法给予自己赔偿。

■ 被告某企业辩称，韩雨在试用期内不能胜任工作岗位，单位

解除与其签订的劳动合同，符合《劳动法》的有关规定，并无不当。



【律师点评】

按照《劳动法》和《劳动合同法》的规定，劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的，用人单位可以解除劳动合同。这包括：第一，用人单位招聘该劳动者时，有明确的有文字记载的录用条件。第二，劳动者各方面的表现与录用条件的要求不相符合。第三，用人单位必须提供确凿的证据证明劳动者不符合录用条件。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第13条和最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第6条均规定："在劳动争议纠纷案件中，因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任。"之所以规定由用人单位对"开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定"承担举证责任，就是为了避免用人单位随意解除劳动关系或者减少劳动报酬等侵犯劳动者合法权益的行为。

《劳动争议调解仲裁法》也规定："发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。"（第6条）

在本案中，用人单位在试用期内以韩雨不能胜任工作为由解除劳动合同。韩雨对用人单位的决定不服，向人民法院提起诉讼。按照上述司法解释的规定，用人单位在诉讼中应当举证证明解除劳动合同的法定事由：韩雨不能胜任工作的事实。但韩雨所在单位未能提供任何证据证明韩雨有不能胜任工作的情况，所以应当承担举证不能的败诉

后果。《劳动合同法》第48条规定："用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。"某企业违反劳动法律、法规的规定解除劳动合同，韩雨不要求继续履行合同，而要求某企业给予赔偿，具有法律依据。

根据《劳动合同法》第87条的规定，"用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。"《劳动合同法》第47条规定的经济补偿标准是：经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。所谓月工资，是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。韩雨在某企业工作不满6个月，应当获得经济补偿标准2倍，即1个月工资的赔偿金。

11. 用人单位拒不与劳动者订立劳动合同的，如何解决？

【案情】

2006年10月，黄子乘被某企业招聘为员工，但该企业一直未与其签订劳动合同。2007年11月，在多次向某企业要求签订劳动合同未果的情况下，黄子乘向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决：某企业应当支付黄子乘自2006年10月至2007年10间一年内的双倍工资，并与之订立无固定期限劳动合同。某企业对仲裁裁决不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告某企业诉称，原告一直计划与员工统一签订劳动合同，但由于客观原因未能施行，并非恶意不订立劳动合同。而且，被告在某企业工作不满10年，也不符合签订无固定期限劳动合同的其他情形。劳动争议仲裁裁决错误，请求人民法院予以撤销。

■ 被告黄子乘辩称，仲裁裁决正确，请求人民法院予以维持。



【律师点评】

《劳动合同法》第7条规定："用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。"第10条规定："建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工

之日起一个月内订立书面劳动合同。”第14条规定：“无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：（一）劳动者在该用人单位连续工作满十年的；（二）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。”第82条规定：“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。”

综合上述法律规定，用人单位与劳动者已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。也就是说，用人单位在用工之日未能同时以书面形式订立劳动合同，不过自用工之日起一个月内订立了书面劳动合同的，不属于违法行为。但是，如果用人单位自用工之日起超过一个月仍然不与劳动者订立书面劳动合同，则属于违法行为。用人单位自用工之日起超过一个月仍然不与劳动者订立书面劳动合同的，应当承担加倍支付工资的责任。即在用人单位违法期间（其起始时日为用工之日，终止时日为违法行为终止之日，即用人单位与劳动者订立劳动合同之日），用人单位应当向劳动者每月支付二倍的工资；但按照二倍标准支付工资的期限最长不超过十二个月，即该期间最长为自用工之日，至自用工之日起满一年的时日。

如果用人单位自用工之日起满一年仍然不与劳动者订立书面劳动

合同，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。因此，在这种情形下，用人单位不仅应当在十二个月内（自用工之日起至第十二个月），向劳动者每月支付二倍的工资，还应当与劳动者补订书面劳动合同，并且将劳动合同期限约定为无固定期限。这其中一倍的工资是劳动者正常劳动所得，另一倍的工资是惩罚性的赔偿金。劳动者的工资不明确的，应当根据《劳动合同法》第11条规定确定，即应当按照集体合同规定的标准执行；没有集体合同或者集体合同末规定的，按同工同酬确定。如果用人单位没有在违法期间向劳动者每月支付二倍的工资，根据《劳动保障监察条例》以及劳动争议处理法律法规规定，劳动者可以向劳动保障行政部门（监察机构）投诉或者依法申请劳动争议仲裁、向人民法院提起诉讼。

在本案中，原告在与被告建立劳动关系超过1年的时间里一直未与被告签订劳动合同，违反了《劳动合同法》的上述规定，应当支付建立劳动关系起1年内的双倍工资，同时，与被告补充订立无固定期限劳动合同。

12. 保险代理合同是否属于劳动合同?

【案情】

2007年3月，王丽敏与某保险公司签订保险代理合同，以保险业务员的身份代理保险业务。在合同中约定：业务员应当遵守公司规章制度。某保险公司规定业务员必须按时签到，接受公司培训和管理。2007年10月，某保险公司因王丽敏经常缺勤，不参加公司培训，违反公司规章制度，决定解除与王丽敏的保险代理关系。王丽敏要求某保险公司按当地最低规则标准支付自己担任该公司业务员期间的劳动报酬，遭到拒绝，遂向劳动争议仲裁机构申请仲裁。仲裁机构经审查后认为双方不构成劳动关系，保险公司解除代理关系有效，无需支付劳动报酬。王丽敏对仲裁决定不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告王丽敏诉称，自己与被告签订合同后以业务员身份销售保险，接受公司考勤和管理，属于劳动关系。某保险公司一直拖欠支付劳动报酬，现请求人民法院判决被告支付劳动报酬并给予经济补偿。

■ 被告某保险公司辩称，根据《中华人民共和国保险法》、《保险代理人管理规定（试行）》、《国家税务总局关于保险业营销员（非雇员）取得收入计征所得税问题的通知》的规定，保险代理人与保险公司之关系不是劳动关系，应当属于代理关系。保险代理合同不属于劳动合同。在代理关系下，用人部门是根据代理人所作的业务量支

付一定的佣金。原告依据保险代理合同要求支付劳动报酬，理由不成立。



【律师点评】

《民法通则》第63条规定："公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任。"依据我国《保险法》的规定，保险代理人是根据保险人的委托，向保险人收取代理手续费，并在保险人授权的范围内代为办理保险业务的单位或者个人（第117条）；保险人委托保险代理人代为办理保险业务的，应当与保险代理人签订委托代理协议，依法约定双方的权利和义务及其他代理事项（第126条）；保险代理人根据保险人的授权代为办理保险业务的行为，由保险人承担责任。保险代理人为保险人代为办理保险业务，有超越代理权限行为，投保人有理由相信其有代理权，并已订立保险合同的，保险人应当承担保险责任；但是保险人可以依法追究越权的保险代理人的责任（第127条）。

根据上述法律规定，保险代理人与保险公司之间是一种民事委托法律关系，保险代理人在委托人（保险公司）的授权范围内，以其名义向第三人（投保人）销售保险产品，签署保险合同，并且合同中的保险责任由委托人承担。这种法律关系明显区别于用人单位、劳动者间产生的劳动关系，保险代理人在保险公司中不具有为劳动法所调整的劳动者身份。保险代理人的佣金是根据其业务量的多少来确定的，通常按保费的20%～40%左右提取佣金，保险公司不支付保险代理人的其他任何费用，也不为其交纳养老保险、医疗保险、住房公积金等费用。保险代理人一般都是独立地完成自己的劳动或工作，保

险公司一般没有定量的工作任务，工作时间也由保险代理人自由决定，甚至于保险代理人可以随时脱离保险公司，终止代理合同。这明显与劳动者与用人单位的劳动合同关系存在明显的区别。

保险公司在代理合同中约定业务员要遵守公司规章制度，包括按时签到、接受公司的培训和管理，其目的是为了提高业务员素质，促进保险业务的开展，不能据此认为保险业务员与保险公司成立劳动关系。原告依据保险代理合同主张双方成立劳动关系，要求支付劳动报酬，理由不成立。

13. 裁员的同时招用大批临时工，是否合法？

【案情】

某企业（集体所有制）自2006年起由个人承包经营。2007年11月，某企业宣布裁员50%。在裁员的同时，雇用了大批临时工从事生产。林莉等人在裁减之列，双方就裁员问题发生争议。林莉等向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，劳动争议仲裁委员会裁决：某企业裁员方案符合法定程序，予以维持，驳回了林莉等人的申诉。林莉等向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告林莉等诉称，被告不存在生产经营困难、转产等法律规定的进行经济性裁员的客观条件。被告在大幅度裁减员工的同时，又雇用临时工从事生产，其目的是为了降低工资成本，侵犯了劳动者的合法权益。请求人民法院判决被告的裁员决定无效，继续履行劳动合同。

■被告某企业辩称，被告的裁员方案符合法律规定的条件和程序，经过了劳动部门的批准，合法有效。劳动争议仲裁裁决正确，请求人民法院予以维持。



【律师点评】

《劳动合同法》第41条第1款规定："有下列情形之一，需要裁

减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：（一）依照企业破产法规定进行重整的；（二）生产经营发生严重困难的；（三）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；（四）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。”根据上述法律规定，用人单位可以在以下几种情况下进行经济性裁员：

(1) 依照企业破产法规定进行重整。《企业破产法》第70条第1款规定：“债务人或者债权人可以依照本法规定，直接向人民法院申请对债务人进行重整。”企业依法进行重整的，可以裁减人员。重整时，用人单位已经陷入债务危机，有破产的危险，即使重整也未必能恢复生产，摆脱危机。在这种情况下，应当允许用人单位裁减人员，以更好地重整。如果禁止用人单位裁减人员，那么可能导致用人单位破产进而导致所有劳动者失业。

(2) 生产经营发生严重困难。发生严重困难，是指用人单位的生产经营难以为继，不得不进行裁员。与第一种情形相同，在这种情况下，用人单位已经采取了其他的措施，仍然无法摆脱生产经营的严重困难，只能通过裁减人员的办法渡过难关。为了尽量减少劳动者失业，应当允许用人单位裁减部分人员。

(3) 企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员。企业转产，是指改变主要经营的业务，重大技术革新，可能导致同样的工作只需更少的劳动者即可完成。企业转产、技术革新、经营方式调整，需要裁减人员的，必须先变更劳动合同，即出于尽量少裁减人员的目的，采取减少工时、轮换工作等办法。采取上述办法后仍然需要裁减人员的，可以裁减人员。与《劳动法》等以往的相关法律相比，《劳动合同法》增加了企业因为转

产、重大技术革新或者经营方式调整可以裁员的规定。这种新机制的建立放宽了企业进行规模裁员的条件，赋予了企业在劳动用工方面较大的自由度，更符合实际。

(4) 其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行。客观情况，是指劳动者和用人单位主动采取的行为之外的不以二者主观为转移的情况。发生变化，是指客观情况与订立劳动合同时发生了变化，而订立劳动合同时，双方判断可以将劳动合同履行完毕，就是依据的这一客观情况。重大，是客观情况的变化达到了致使劳动合同无法履行的程度。

企业经济性裁员要遵循以下程序：如果企业裁减人员二十人以下，占企业职工总数百分之十以下的，企业可进行裁员，无需其他程序。如果企业裁减人员二十人以上或者裁减人员不足二十人，但占企业职工总数百分之十以上的，必须经过如下程序才能进行裁员：一是说明情况。用人单位应当提前三十日向工会或者全体职工说明有关裁减人员原因、方案等情况。用人单位可以向工会说明情况，也可以向全体职工说明情况。二是听取意见。用人单位说明情况后，应当听取工会或者职工的意见。三是报告。用人单位应当将裁减人员方案向劳动行政部门报告。

《劳动合同法》第41条第2款规定："裁减人员时，应当优先留用下列人员：(一) 与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；(二) 与本单位订立无固定期限劳动合同的；(三) 家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。"企业经济性裁员时要优先留用以下几类劳动者：一是与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的劳动者。订立的劳动合同的期限越长，说明双方当事人履行劳动合同的决心越大，劳动者在用人单位继续工作的期待越强。二是与本单位订立无固定期限劳动合同的劳动者。与用人单位订立无固定期限劳动合同的劳动者，如果劳动者本人不解除劳动合同，且未出现用

人单位解除劳动合同的情形，是要履行至劳动合同终止，即一方当事人消失或者劳动者退休。三是家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的劳动者。工资收入是劳动者及其家庭的生活来源。如果裁减家庭无其他就业人员且有需要扶养的老人或者未成年人的劳动者，则该劳动者与其家庭就会陷入生活危机。同时与其他劳动者相比，该劳动者遇到的困难会更大。

《劳动合同法》第41条第3款规定："用人单位依照本条第一款规定裁减人员，在六个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。"如果用人单位在六个月内重新招用人员，那么用人单位有义务将重新招用人员这一消息告知被裁减的人员，请其参加招聘，在同等条件下，用人单位应当优先招用被裁减的人员。用人单位再次招用劳动者，说明用人单位已经渡过难关。被裁减不满六个月的劳动者，如果仍然失业，则其生活必然困难，同时被裁减的劳动者与新的劳动者相比，更熟悉该用人单位的工作，更能尽快适应角色，能更好地为用人单位工作。

在本案中，被告大幅度裁减员工，同时又招用临时工顶替工作岗位，其目的显然是为了减少工资成本。被告的裁员方案不符合法律规定的条件，也违反了《劳动合同法》关于"在六个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员"的规定。因此，应当确认被告的裁员方案无效，继续履行与原告的劳动合同。

14. 劳动者持假文凭与用人单位签订劳动合同的，如何解决？

【案情】

2007年5月，宋义华到某公司应聘，声称自己是本科学历，具有多年销售经验，并向该公司出示了某大学的毕业证书。某公司将其招聘为销售经理，双方签订了两年的劳动合同，约定工资为3000元/月。宋义华担任销售经理后，某公司根据其工作表现，对其学历和工作经历产生怀疑，经向某大学核实后，发现宋义华所持的是假文凭。2007年11月，某公司通知宋义华解除劳动合同。双方为此发生争议，宋义华向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决：宋义华在签订劳动合同过程中存在欺诈行为，某公司有权解除劳动合同，无须给予经济赔偿。某公司应当按照劳动合同约定发放宋义华2007年11月份工资。宋义华不服仲裁裁决，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告宋义华诉称，被告擅自解除劳动合同，违反劳动法律规定，应当给予原告赔偿金。

■被告某公司辩称，原告持假文凭与被告订立劳动合同，存在欺诈行为，劳动合同无效，被告有权解除劳动合同，不应当支付赔偿金。同时，原告2007年11月份工资应当按照普通员工标准发放，不应当享有中层管理人员工资。被告同意支付其2000元工资。



【律师点评】

《劳动合同法》第26条第1款规定："下列劳动合同无效或者部分无效：(一) 以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；(二) 用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；(三) 违反法律、行政法规强制性规定的。"无效的劳动合同是指由当事人签订成立而国家不予承认其法律效力的劳动合同。一般合同一旦依法成立，就具有法律拘束力，但是无效合同即使成立，也不具有法律拘束力，不发生履行效力。根据《劳动合同法》的规定，劳动合同无效主要有以下几种情况：

(一) 订立劳动合同因采取欺诈、胁迫等手段而无效。欺诈是指当事人一方故意制造假相或隐瞒事实真相，欺骗对方，诱使对方形成错误认识而与之订立劳动合同。欺诈的种类很多，包括：(1) 在没有履行能力的情况下，签订合同。如根据劳动法的规定，从事特种作业的劳动者必须经过专门培训并取得特种作业资格，但应聘的劳动者并没有这种资格，提供了假的资格证书。(2) 行为人负有义务向他方如实告知某种真实情洗而故意不告知的。如一家小型化工企业招聘三班倒的化工工人，所以不能用孕妇。有的妇女来应聘，故意隐瞒其已经怀孕的情况，应聘上岗后不久，就提出已经怀孕不能倒班上岗等等。采取欺诈手段订立的劳动合同是无效的。胁迫是指当事人以将要发生的损害或者以直接实施损害相威胁，一方迫使另一方处于恐怖或者其他被胁迫的状态而签订劳动合同，威胁可能涉及生命、身体、财产、名誉、自由、健康等方面。

(二) 用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的劳动合同无效。这也是合同的一般原则。用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的情况通常表现为，劳动合同简单化，法定条款缺失。

仅规定劳动者的义务，有的甚至规定："生老病死都与企业无关"，"用人单位有权根据生产经营变化以及劳动者的工作情况调整其工作岗位，劳动者必须服从自己单位的安排"等霸王条款。实践中出现较多的是造成劳动者人身伤害的免责条款。对于人身的健康和生命安全，法律是给予特殊保护的，并且从整体社会利益的角度来考虑，如果允许免除用人单位对劳动者人身伤害的责任，那么就无异于纵容用人单位利用劳动合同形式对劳动者的生命进行摧残，这与保护公民的人身权利的宪法原则是相违背的。如果与劳动法的维权宗旨相悖，劳动者放弃权利的行为就应当受到限制。例如，目前煤矿这种高危行业用工，不经过任何培训，没有任何技术，来了就签劳动合同，出事故死了给点钱就完事了，而劳动者又在高工资的引诱下自愿在用人单位不负责生命安全的劳动合同上签字，这种情况下，劳动者放弃劳动保护权的行为，即便出于自愿，亦应认定无效。

（三）劳动合同因违反国家法律、行政法规的强制性规定而无效。包括：(1) 用人单位和劳动者中的一方或者双方不具备订立劳动合同的法定资格的，如签订劳动合同的劳动者一方必须是具有劳动权利能力和劳动行为能力的公民，企业与未满十六周岁的未成年人订立的劳动合同就是无效的劳动合同（国家另有规定的除外）。(2) 劳动合同的内容直接违反法律、法规的规定，如矿山企业与劳动者在劳动合同中约定的劳动保护条件不符合矿山安全法的有关规定，他们所订立的劳动合同是无效的。(3) 劳动合同因损害国家利益和社会公共利益而无效。民法通则第 58 条第 5 项确立了社会公共利益的原则，违反法律或者社会公共利益的民事行为无效。

法律、行政法规包含强制性规定和任意性规定。强制性规定排除了合同当事人的意思自治，即当事人在合同中不得合意排除法律、行政法规强制性规定的适用，如果当事人约定排除了强制性规定，则构成本项规定的无效情形。这里主要涉及国家制定的关于劳动者最基本

劳动条件的法律、法规，包括有关最低工资、工作时间、劳动安全与卫生等方面的法律与行政法规，其目的是改善劳动条件，保障劳动者的基本生活，避免伤亡事故的发生。还应当特别注意的是本项的规定只限于法律和行政法规，不能任意扩大范围。实践中存在的将违反地方行政管理规定的合同都认为无效的做法是不妥当的。

根据《劳动合同法》的规定，劳动合同是否有效，由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。其他任何部门或者个人都无权认定无效劳动合同。劳动合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。《劳动合同法》第39条规定："劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：……（五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；"因此，在本案中，原告通过欺诈手段与被告订立劳动合同，属于无效合同，被告有权予以解除，并且无须支付任何赔偿金。并且，按照《劳动合同法》的规定，用人单位在解除劳动合同时应当给予劳动者经济补偿的情况也不包括《劳动合同法》第39条规定的情形。原告不但不能要求赔偿金，也不能要求被告给予经济补偿。

《劳动合同法》第28条规定："劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。"根据上述法律规定，被告要求以普通员工标准支付原告2007年11月份工资2000元，理由不成立。原告作为公司中层管理人员已经付出了劳动，应当享有相应的劳动报酬，即月工资3000元。被告擅自降低原告工资标准，没有法律依据。

15. 职工医疗期满后解除劳动关系，应当符合哪些条件？

【案情】

2001 年，张浩亮大学毕业后分配到某厂（全民所有制）工作。该厂参加了城镇职工基本医疗保险，为全体职工缴纳了医疗保险费。2007 年 4 月，张浩亮突然患病，住院治疗。在其住院治疗期间，某厂停发了张浩亮的工资。2007 年 10 月，某厂以张浩亮医疗期满，仍在住院治疗，不能重新回到原工作岗位为由，决定立即解除与张浩亮的劳动关系，向其发放 7 个月的经济补偿金。张浩亮认为某厂解除劳动关系的决定违法，向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决，某厂解除劳动关系的决定符合法律规定，予以维持。张浩亮不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告张浩亮诉称，在自己患病治疗期间，被告停发工资的做法违反了国家有关规定。医疗期满后，被告对自己能否重回工作岗位或者重新安排工作，未经劳动能力鉴定机构确认，即宣布解除劳动关系，违反了法定程序，请求人民法院判决撤销被告解除劳动关系的决定，并补发原告的病假工资。

■ 被告某厂辩称，原告医疗期满不能回到原工作岗位，也无法为其重新安排工作，按照劳动法律、法规的规定，被告有权解除劳动合同。被告已经为全体职工缴纳了医疗保险费，原告无权要求被告支

付病假工资，应当向医疗保险经办机构申请有关医疗待遇。



【律师点评】

(1) 我们先来看看关于医疗期问题的有关规定。原劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》(劳部发［1994］479号）规定：医疗期是指企业职工因患病或非因工负伤停止工作治病休息不得解除劳动合同的时限。企业职工因患病或非因工负伤，需要停止工作医疗时，根据本人实际参加工作年限和在本单位工作年限，给予三个月到二十四个月的医疗期：(一）实际工作年限十年以下的，在本单位工作年限五年以下的为三个月；五年以上的为六个月。(二）实际工作年限十年以上的，在本单位工作年限五年以下的为六个月；五年以上十年以下的为九个月；十年以上十五年以下的为十二个月；十五年以上二十年以下的为十八个月；二十年以上的为二十四个月。医疗期三个月的按六个月内累计病休时间计算；六个月的按十二个月内累计病休时间计算；九个月的按十五个月内累计病休时间计算；十二个月的按十八个月内累计病休时间计算；十八个月的按二十四个月内累计病休时间计算；二十四个月的按三十个月内累计病休时间计算。

原劳动部《关于贯彻〈企业职工患病或非因工负伤医疗期规定〉的通知》(劳部发［1995］236号）规定："医疗期计算应从病休第一天开始，累计计算。如：应享受三个月医疗期的职工，如果从1995年3月5日起第一次病休，那么，该职工的医疗期应在3月5日至9月5日之间确定，在此期间累计病休三个月即视为医疗期满。其他依此类推"；"病休期间，公休、假日和法定节日包括在内。"在本案中，原告于2001年大学毕业后到被告处工作，于2007年生病住院治疗，实际工作年限在10年以下，在本单位工作年限为6年以上，

按照上述规定，应当享受6个月的医疗期。

(2) 在医疗期内，被告能否停发原告工资呢？根据《国务院关于建立城镇职工基本医疗保险制度的决定》（国发〔1998〕44号）规定，基本医疗保险制度是保障职工基本医疗需求的制度，参保职工患病或非因工负伤后，从基本医疗保险基金中享受的待遇只能是按规定报销医疗费用，包括药品费用、诊疗项目费用、医疗服务设施费用，但不能申请病假工资及治疗期间其他生活方面的补助。这与目前的工伤保险基金、生育保险基金为参保人在工伤治疗和生育期间提供生活补贴的规定是不同的。原告医疗期内的生活补助应当由谁负责呢？

《劳动保险条例》第13条乙款规定："工人与职员疾病或非因工负伤停止工作医疗时，其停止工作医疗期间连续在六个月以内者，按其本企业工龄的长短，由该企业行政方面或资方发给病伤假期工资，其数额为本人工资百分之六十至一百；停止工作连续医疗期间在六个月以上时，改由劳动保险基金项下按月付给疾病或非因工负伤救济费，其数额为本人工资百分之四十至百分之六十，至能工作或确定为残废或死亡时止。详细办法在实施细则中规定之。"劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第59条规定："职工患病或非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期间内由企业按有关规定支付其病假工资或疾病救济费，病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付，但不能低于最低工资标准的80%。"

《劳动保险条例实施细则修正草案》作出如下规定："工人职员疾病或非因工负伤停止工作连续医疗期间在六个月以内者，根据劳动保险条例第十三条乙款的规定，应由该企业行政方面或资方按下列标准支付病伤假期工资：本企业工龄不满二年者，为本人工资百分之六十；已满二年不满四年者，为本人工资百分之七十；已满四年不满六年者，为本人工资百分之八十；已满六年不满八年者，为本人工资百

分之九十；已满八年及八年以上者，为本人工资百分之一百。”（第16条）在本案中，原告在被告处工作已满6年不满8年，医疗期内的病假工资应当为本人工资的90%，由被告发放。

（3）医疗期满，被告是否有权解除劳动合同？应当符合哪些条件？劳动合同解除后，应当给予原告哪些补偿呢？《劳动法》第26条规定：“有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前三十日以书面形式通知劳动者本人：（一）劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的；”《劳动合同法》第40条规定：“有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的……”

关于解除劳动合同的经济补偿问题，《劳动合同法》第46条规定：“有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：……（三）用人单位依照本法第四十条规定解除劳动合同的；”第47条规定：“经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。”《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第6条规定：“劳动者患病或者非因工负伤，经劳动鉴定委员会确认不能从事原工作、也不能从事用人单位另行安排的工作而解除劳动合同的，用人单位应按其在本单位的工作年限，每满一年发给相当于一个月工资的经

济补偿金，同时还应发给不低于六个月工资的医疗补助费。患重病和绝症的还应增加医疗补助费，患重病的增加部分不低于医疗补助费的百分之五十，患绝症的增加部分不低于医疗补助费的百分之百。”

根据上述法律规定，劳动者医疗期满，用人单位要解除劳动合同，必须符合以下条件：首先，要经劳动能力鉴定机构确认，劳动者不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作；其次，要提前三十日通知劳动着，或者支付一个月的替代通知期工资。在本案中，原告能否重回原工作岗位或者由被告另行安排工作，还没有经过劳动能力鉴定机构确认，被告即解除与原告的劳动关系，违反了法定程序。即使经过劳动能力鉴定机构确认，可以解除劳动关系，被告一定需要提前三十日通知原告或者支付一个月替代期工资。在解除劳动关系后，除了向原告支付经济补偿金外，被告还应当支付不低于六个月工资的医疗补助费。

16. 企业实行承包经营后，原劳动合同是否继续有效？

【案情】

孙瑛霖是某企业下属销售门市职工。2006年年底，该门市承包给姜笛经营。某企业要求孙瑛霖等销售门市职工与姜笛重新签订劳动合同，原劳动合同作废，孙瑛霖等人的工资、奖金以及其他福利待遇等由姜笛负责。孙瑛霖等人提出异议，双方为此发生纠纷，孙瑛霖等向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决：原劳动合同继续有效，销售门市承包经营不影响原劳动合同履行。某企业不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告某企业诉称，根据原告与第三人姜笛签订的承包经营合同，被告的工资、奖金以及其他福利待遇均由第三人负责。被告应当与第三人签订劳动合同，原劳动合同因订立时的客观情况发生重大变化，应当解除。

■ 被告孙瑛霖等辩称，第三人只是承包了被告下属销售门市，不具有独立的法人资格。用工主体仍然是原告。且原劳动合同不存在应当解除的法定事由，应当继续履行。



【律师点评】

《劳动合同法》第33条规定："用人单位变更名称、法定代表

人、主要负责人或者投资人等事项，不影响劳动合同的履行。”在实践中存在这种情况：有些企业、公司或者事业单位等用人单位因更改了名称或者更换法定代表人、主要负责人而拒绝履行劳动合同，还有的用人单位也借口投资主体发生了变化而拒绝履行劳动合同。这是法律所不允许的。用人单位的名称只是代表一个用人单位的称谓符号，用人单位的名称发生变更，也只是这一称谓符号发生了变化，而用人单位这一实体组织及其内部机构、人员并没有发生任何变动，这当然不会也不应该影响到劳动合同的履行。

法定代表人、主要负责人或者投资人等发生变化，就拒绝履行劳动合同，也没有法律依据。根据我国民法通则和其他有关法律的规定，用人单位的法定代表人或者主要负责人的职务行为都是代表用人单位这个实体组织的行为。我国民法通则规定，法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织；法人的法定代表人，是依照法律或者法人组织章程的规定，代表法人行使职权的负责人。法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担责任。可见，法人是独立于自然人的一类法律主体，它的内部由决定机构、执行机构和监督机构等组成，法定代表人是其中最为突出的一个机构，其虽然由自然人担任，但自然人的职务行为属于法人的行为，其一切法律后果由法人承担。

担任法定代表人的自然人可以变动，但法定代表人的职务行为的归属却不能变，也就是说，法定代表人的行为即法人的行为没有变。只要法人存在，原法定代表人与职工依法签订的劳动合同即依然有效。因此，劳动合同依法订立后，用人单位的法定代表人或者主要负责人变更的，原法定代表人或者主要负责人与劳动者订立劳动合同的职务行为的后果也仍然要由用人单位承担。至于投资人的变更，也不会改变用人单位这个实体组织独立承担民事责任的性质，用人单位仍要继续履行其与劳动者已经订立的劳动合同。

关于企业承包经营后的劳动合同主体问题，劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（劳部发［1995］309号）第15条规定："租赁经营（生产）、承包经营（生产）的企业，所有权并没有发生改变，法人名称未变，在与职工订立劳动合同时，该企业仍为用人单位一方。依据租赁合同或承包合同，租赁人、承包人如果作为该企业的法定代表人或者该法定代表人的授权委托人时，可代表该企业（用人单位）与劳动者订立劳动合同。"在本案中，第三人承包经营的只是原告下属的一个销售门市，不具有独立的法人资格，用工主体仍然是原告。况且原告的法定代表人、主要负责人或者投资人等都没有发生变更，原劳动合同应当继续履行。即便其法定代表人、主要负责人或者投资人等发生变更，原劳动合同的效力也不受影响。

17. 用人单位合并后，原劳动合同是否继续有效？

【案情】

刘建敏是某市第一棉纺厂职工。2007年8月，第一棉纺厂与第二棉纺厂合并，成立某市棉纺厂。合并后，某市棉纺厂宣布：由于两厂合并，人员过剩，裁减部分员工。刘建敏等人在裁减之列。刘建敏向某市棉纺厂提出异议，认为该厂不存在经济性裁员的法定条件，但某市棉纺厂坚持解除与其的劳动关系。刘建敏向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决：维持某市棉纺厂裁员决定。刘建敏向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告刘建敏诉称，原告所在单位与其他单位合并为被告后，原劳动合同继续有效，由被告承担原用人单位的权利义务。并且，被告不存在需要进行经济性裁员的法定事由，请求人民法院撤销其裁员决定。

■ 被告某市棉纺厂辩称，原告所在单位由于合并而解散，原劳动合同终止，被告与原告没有订立新的劳动合同，不存在劳动关系。并且，被告在合并成立后，人员过剩，确有必要裁减人员。



【律师点评】

《劳动合同法》第44条规定："有下列情形之一的，劳动合同终止：……（五）用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；"根据《公司法》第181条规定："公司因下列原因解散：(一）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；（二）股东会或者股东大会决议解散；(三）因公司合并或者分立需要解散；（四）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；(五）人民法院依照本法第一百八十三条的规定予以解散。"据公司法的规定，公司解散是指已经成立的公司，因公司章程或者法定事由出现而停止公司的经营活动，并开始公司的清算，使公司法人资格消灭的法律行为。由于公司解散将会导致公司法人归于消灭。因此公司解散的情况下，劳动合同由于缺乏一方主体，而归于终止。

这里所谓的吊销营业执照，是指剥夺被处罚用人单位已经取得营业执照，使其丧失继续从事生产或者经营的资格；所谓责令关闭，是指行为人违反了法律、行政法规的规定，被行政机关作出停止生产或者经营的处罚决定，从而停止生产或者经营；所谓撤销，是指由行政机关撤销有瑕疵的公司登记。用人单位被依法吊销营业执照、责令关闭或者被撤销，已经不能进行生产或者经营，应当解散，以该用人单位为一方的劳动合同终止；所谓用人单位决定提前解散，是指在股东会或者股东大会决议解散，或者公司合并或者分立需要解散，或者持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，请求人民法院解散公司的情形下，用人单位提前于公司章程规定的公司终止时间而解散公司的。

但《劳动合同法》第34条规定："用人单位发生合并或者分立

等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。”也就是说，用人单位合并、分立的，属于一种特殊情况。在这种情况下，原用人单位虽然已经解散，劳动合同的一方主体已经消失，但原劳动合同并不终止，而是由承继其权利和义务的用人单位继续履行。即继承原用人单位权利义务的新的法人代替原用人单位成为劳动一方主体。用人单位的合并和分立不仅是现实中经常出现的情况，也是容易产生各种债权债务纠纷和劳动争议的问题。在我国市场经济秩序还未完全建成的情况下，为了防止一些用人单位假借合并和分立转移债务，逃避应当承担的各种法律责任，包括对劳动者的义务，我国《民法通则》第44条第2款规定：“企业法人分立、合并，它的权利和义务由变更后的法人享有和承担。”这一规定就是要在法人或者其他组织合并或者分立时，尽最大可能地保护对方当事人的合法权益。而劳动合同法关于用人单位合并和分立的规定是民法通则上述立法精神在劳动法领域里的具体体现，即要尽最大可能地保护劳动者的合法权益。

用人单位的合并一般指两种情况，一是指，用人单位与其他法人或者组织联合成立一个新的法人或者其他组织承担被合并的用人单位的权利和义务。另一种情况是指一个用人单位被撤销后，将其权利和义务一并转给另一个法人或者其他组织。这两种情况下，原用人单位在合并后均不再存在。为了保护原用人单位劳动者的合法权益，合并后的法人或者其他组织作为一个新的用人单位承继了原用人单位所有的权利和义务，包括原用人单位对其劳动者的权利和义务。因此根据劳动合同法的规定，用人单位订立劳动合同后合并的，原劳动合同继续有效，由合并后的新的用人单位继续履行该劳动合同。

用人单位发生分立是指，在订立劳动合同后，用人单位由一个法人或者其他组织分裂为两个或者两个以上的法人或者其他组织，即由

一个用人单位分裂为两个或者两个以上用人单位。用人单位的分立分为两种情况：一种情况是原用人单位只是分出一部分财产设立了新的用人单位，原用人单位不因分出财产而终止；另一种情况是，原用人单位分解为两个以上的用人单位，原用人单位随之解体终止。为了充分保护劳动者的权利，劳动合同法首先规定了用人单位发生分立的，原劳动合同继续有效，防止用人单位以分立后原用人单位不存在或者劳动者权利和义务已经转移到新的用人单位为由损害劳动者的合法权益。其次，根据劳动合同法的规定，用人单位分立后，劳动合同由承继其权利义务的用人单位继续履行。目前有的用人单位采用“金蝉脱壳”的办法逃避债务或者逃避对其劳动者的其他义务，即不转移债务，而只是把资金转移到新设立的法人或者其他组织，使原来的用人单位丧失承担对劳动者义务的能力而拒绝履行劳动合同或者对劳动者负责。根据劳动合同法的规定，只要新成立的用人单位继承了原用人单位的权利，就应当同时承担其义务，继续履行原劳动合同和对劳动者负责。

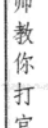
在本案中，被告由某市第一棉纺厂和第二棉纺厂合并而成，原告与第一棉纺厂的劳动合同继续有效。由承继第一棉纺厂权利义务的被告继续履行。因此，被告主张原劳动合同因用人单位合并解散而终止，被告与原告不存在劳动关系，显然是不能成立的。《劳动合同法》第41条规定：“有下列情形之一，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：（一）依照企业破产法规定进行重整的；（二）生产经营发生严重困难的；（三）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；（四）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。”

在本案中，被告合并成立后并不存在生产经营困难、企业转产、重大技术革新或者经营方式调整以及其他导致原劳动合同无法继续履行的情况，被告不具备进行经济性裁员的法定事由。因此，应当撤销被告的裁员决定。

18. 工会主席的劳动合同期限如何确定?

【案情】

刘新刚于2002年与某企业签订劳动合同，期限自2002年10月至2007年10月。2004年，刘新刚担任某企业专职工会主席，任期2年。2006年，刘新刚任期届满，但某企业未组织换届选举，工会主席一职仍由刘新刚担任。2007年10月，某企业以劳动合同期限届满为由，通知刘新刚终止劳动合同。刘新刚向劳动争议仲裁委员会申请仲裁：要求某企业支付相当于本人年收入两倍的赔偿金以及解除劳动合同的经济补偿金、额外经济补偿金。劳动争议仲裁委员会裁决：刘新刚担任专职工会主席后，劳动合同期限根据其任职期间顺延。某企业在延长的劳动合同期限未届满之时，擅自解除与刘新刚的劳动合同，应当给予经济补偿金和额外经济补偿金。某企业解除劳动合同的理由是原劳动合同期限届满，与其履行工会职责无关，刘新刚要求给予本人年收入两倍的赔偿金，理由不成立。刘新刚向人民法院提起诉讼。



【争鸣】

■ 原告刘新刚诉称，被告在原告担任工会主席期间擅自解除劳动合同，依法应当给予原告相当于本人年收入两倍的赔偿金以及解除劳动合同的经济补偿金、额外经济补偿金。仲裁裁决错误，请求人民法院依法予以纠正。

■ 被告某企业辩称，被告同意给予原告经济补偿金，但双方的

劳动合同系因期限届满而终止，并非因原告履行工会职责而解除，而且，原告担任工会主席期限届满，原告已经不具有工会工作人员身份。因此，原告要求相当于本人年收入两倍的赔偿金，理由不成立。



【律师点评】

在本案中，原告自2004年起担任工会主席，任期2年。在其任期届满后，由于某企业未组织换届选举，工会主席仍由原告担任。所以，原告仍然具有工会工作人员身份。被告在原告担任工会主席期间解除劳动合同，应否给予本人年收入二倍的赔偿呢？《工会法》第52条规定："违反本法规定，有下列情形之一的，由劳动行政部门责令恢复其工作，并补发被解除劳动合同期间应得的报酬，或者责令给予本人年收入二倍的赔偿：（一）职工因参加工会活动而被解除劳动合同的；（二）工会工作人员因履行本法规定的职责而被解除劳动合同的。"最高人民法院《关于在民事审判工作中适用〈工会法〉若干问题的解释》第6条规定："根据工会法第五十二条规定，人民法院审理涉及职工和工会工作人员因参加工会活动或者履行工会法规定的职责而被解除劳动合同的劳动争议案件，可以根据当事人的请求裁判用人单位恢复其工作，并补发被解除劳动合同期间应得的报酬；或者根据当事人的请求裁判用人单位给予本人年收入二倍的赔偿，并参照《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第八条规定给予解除劳动合同时的经济补偿金。"由此可见，适用本人年收入二倍的赔偿的前提是职工因参加工会活动而被解除劳动合同或者工会工作人员因履行工会法规定的职责而被解除劳动合同。在本案中，被告是因为期限届满而终止劳动合同，并非因为原告履行工会工作人员的职责而解除劳动合同，不具备适用本人年收入二倍赔偿的前提条件。原告的该项诉讼

请求没有法律依据。

《工会法》第18条规定:“基层工会专职主席、副主席或者委员自任职之日起,其劳动合同期限自动延长,延长期限相当于其任职期间;非专职主席、副主席或者委员自任职之日起,其尚未履行的劳动合同期限短于任期的,劳动合同期限自动延长至任期期满。但是,任职期间个人严重过失或者达到法定退休年龄的除外。”最高人民法院《关于在民事审判工作中适用〈工会法〉若干问题的解释》第2条规定:“根据工会法第十八条规定,人民法院审理劳动争议案件,涉及确定基层工会专职主席、副主席或者委员延长的劳动合同期限的,应当自上述人员工会职务任职期限届满之日起计算,延长的期限等于其工会职务任职的期间。工会法第十八条规定的‘个人严重过失’,是指具有《中华人民共和国劳动法》第二十五条第(二)项、第(三)项或者第(四)项规定的情形。”在本案中,原告担任工会专职主席一职后,劳动合同期限应当根据其担任工会主席的期间顺延。被告按照原定期限终止劳动合同,也没有证据证明原告具有“个人严重过失”,即《劳动法》第25条规定的劳动者“严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度”;“严重失职,营私舞弊,对用人单位利益造成重大损害”;“被依法追究刑事责任”等情况,可以在延长的劳动合同期限届满前解除劳动合同,因此,其行为属于擅自解除劳动合同,应当承担相应的法律责任。

《劳动合同法》第87条规定:“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的,应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。”《劳动合同法》第47条规定的经济补偿标准是按劳动者在本单位工作的年限,每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的,按一年计算;不满六个月的,向劳动者支付半个月工资的经济补偿。劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均

工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。同时，《劳动合同法》第 97 条第 3 款规定：“本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止，依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自本法施行之日起计算；本法施行前按照当时有关规定，用人单位应当向劳动者支付经济补偿的，按照当时有关规定执行。”第 98 条规定：“本法自 2008 年 1 月 1 日起施行。”本案的劳动合同解除于《劳动合同法》实施之前，应当按照当时的有关规定确定经济补偿问题。

原告的经济补偿问题应当按照《劳动法》和《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》的规定来处理。根据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》，用人单位解除劳动合同，按劳动者在本单位工作的年限，工作时间每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金。工资计算标准是指企业正常生产情况下劳动者解除合同前十二个月的月平均工资。用人单位解除劳动合同后，未按规定给予劳动者经济补偿的，除全额发给经济补偿金外，还须按该经济补偿金数额的百分之五十支付额外经济补偿金。原告在被告处工作满五年，应当支付相当于五个月工资的经济补偿金以及百分之五十的额外经济补偿金。造成原告工资收入、工伤、医疗待遇等损失的，还应当按照《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》的规定给予相应的赔偿。

工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。同时，《劳动合同法》[illegible]



[illegible]

劳动报酬纠纷



19. 岗位津贴是否属于工资范畴?

【案情】

2007年8月，韩宾受聘于某咨询公司担任调查员。按照公司的规定，韩宾每天应当访问20家以上的客户并取得客户的详细资料。完成定额后，给予奖励；未完成定额，仅能取得基本工资和必要的补助。韩宾的基本工资为500元，岗位津贴（包括伙食和交通补助）200元。开始工作后，韩宾发现每天工作10个小时，仅能访问10家左右的客户，其他业务员也是这种情况。2007年10月，韩宾向公司提出辞职，要求公司发给其前两个月的劳动报酬。某咨询公司以韩宾没有完成定额为由，仅同意发给韩宾基本工资和伙食、交通补助。两个月共计1400元。韩宾认为自己为访问客户开销的各种费用已远远超过了上述基本工资和补助，公司制定的劳动定额不合理，工资偏低，要求公司按每月1000元计算，发放自己前两个月的劳动报酬。公司予以拒绝。韩宾向当地劳动争议仲裁委员会提请仲裁。劳动争议仲裁委员会裁决：某咨询公司制定的工资标准低于当地最低工资（当地公布的最低工资标准为600元），并且拖欠劳动者工资，对劳动者延长的工作时间不支付加班工资，应当按照最低工资标准支付工资并在此基础上给予经济补偿。某咨询公司对裁决不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告某咨询公司诉称，原告规定的基本工资和补助标准高于

当地的最低工资标准，合法有效。被告未能完成公司规定的劳动定额，原告按照规定，发给韩宾基本工资和岗位津贴，并无不当。请求人民法院撤销仲裁裁决。

■ 被告韩宾辩称，最低工资标准是劳动者在法定工作时间或依法签订的劳动合同约定的工作时间内提供了正常劳动的前提下，用人单位依法应支付的最低劳动报酬。被告在法定工作时间内（实际上是超出了法定每天8小时的工作时间）提供了正常劳动，应当获得不低于最低工资标准的劳动报酬。该劳动报酬应当剔除各种额外的津贴和补助。原告支付给被告的劳动报酬在扣除伙食和交通补助后低于当地的最低工资标准，应当补足差额。同时，原告确定的劳动定额不合理，对被告提供的额外劳动，公司应当支付加班工资。同时，对于原告低于最低工资标准支付工资，拖欠工资，不支付加班工资的行为，应当给予被告经济补偿。仲裁裁决正确，请求人民法院予以维持。



【律师点评】

根据《最低工资规定》第3条第1款的规定，所谓“最低工资标准是指劳动者在法定工作时间或依法签订的劳动合同约定的工作时间内提供了正常劳动的前提下，用人单位依法应支付的最低劳动报酬”。执行最低工资标准的前提是劳动者在法定工作时间内提供了正常劳动。这里的正常劳动，按照《最低工资规定》，是指“劳动者按依法签订的劳动合同约定，在法定工作时间或劳动合同约定的工作时间内从事的劳动。劳动者依法享受带薪年休假、探亲假、婚丧假、生育（产）假、节育手术假等国家规定的假期间，以及法定工作时间内依法参加社会活动期间，视为提供了正常劳动”。只要劳动者在法

定工作时间或依法签订的劳动合同约定的工作时间内提供了正常劳动，用人单位就应当支付不低于最低工资标准的劳动报酬。如果劳动者在法定工作时间以外提供了额外的劳动，用人单位应当支付额外的劳动报酬。

在本案中，韩宾在某咨询公司工作期间，由于未完成工作定额，只能获得基本工资和伙食、交通等补助。本案争议的焦点就是用人单位支付给劳动者的不低于最低工资标准的工资中是否应当包含伙食、交通补助等福利待遇。如果包括上述补助，该劳动报酬就高于当地的最低工资标准；否则就低于当地的最低工资标准。这里首先要解决的一个问题就是韩宾是否在法定的工作时间内提供了正常劳动，这关系到韩宾是否有权要求获得不低于最低工资标准的劳动报酬的问题。从韩宾在该公司工作的实际情况看，其为完成工作定额，每天工作 10 个小时，超出了每日 8 小时的法定工作时间。其他业务员也都属于这种情况。说明该咨询公司制定的工资定额不合理，韩宾不仅提供了法定工作时间内的正常劳动，而且还提供了法定工作时间以外的额外劳动。因此，韩宾不仅应当获得不低于最低工资标准的劳动报酬，还应当获得额外的劳动报酬。

《最低工资规定》第 12 条第 1 款规定："在劳动者提供正常劳动的情况下，用人单位应支付给劳动者的工资在剔除下列各项以后，不得低于当地最低工资标准：（一）延长工作时间工资；（二）中班、夜班、高温、低温、井下、有毒有害等特殊工作环境、条件下的津贴；（三）法律、法规和国家规定的劳动者福利待遇等。"从上述规定可以看出，韩宾超出法定工作时间而提供的额外劳动的报酬首先应当剔除。但某咨询公司并未支付韩宾的加班工资，所以无从剔除。而韩宾所获得的伙食、交通等补助是否应当剔除，则存在一定的争议。韩宾所获得的上述补助在性质上不属于"中班、夜班、高温、低温、井下、有毒有害等特殊工作环境、条件下的津贴"，也不属于"法

律、法规和国家规定的劳动者福利待遇”。从表面上看，用人单位在支付不低于最低工资标准的劳动报酬时将其计算在内，似乎不违反法律、法规的规定，并无不当。但应当看到，该项补助不是对劳动者法定时间内提供的正常劳动的报酬。之所以称之为“补助”，是因为它对劳动者在正常劳动以外的其他合理负担和必要支出的一种补偿。如果将其计算在用人单位支付的不低于最低工资标准的劳动报酬以内，与《最低工资规定》的立法宗旨和原则显然是违背的，也不利于对劳动者权益的保护。因此，该项补助应当予以剔除。在这种情况下，某咨询公司支付给韩宾的劳动报酬就低于当地的最低工资标准，应当补足差额，并对韩宾在法定工作时间以外提供的劳动支付加班工资。

《劳动法》第50条规定：“工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。”某咨询公司不是按月支付韩宾的劳动报酬，而是在韩宾辞职时才同意结算，违反了《劳动法》的上述规定，侵犯了劳动者的合法权益。《劳动法》第91条规定：“用人单位有下列侵害劳动者合法权益情形之一的，由劳动行政部门责令支付劳动者的工资报酬、经济补偿，并可以责令支付赔偿金：（一）克扣或者无故拖欠劳动者工资的；（二）拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的；（三）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；（四）解除劳动合同后，未依照本法规定给予劳动者经济补偿的。”某咨询公司拖欠劳动者工资，不支付加班工资，并且其支付的工资低于当地最低工资标准，应当依法判决其按照有关规定给予劳动者经济补偿。

《最低工资规定》第13条规定：“用人单位违反本规定第十一条规定的，由劳动保障行政部门责令其限期改正；违反本规定第十二条规定的，由劳动保障行政部门责令其限期补发所欠劳动者工资，并可责令其按所欠工资的一至五倍支付劳动者赔偿金。”《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第4条规定：“用人单位支付劳动者的工资

报酬低于当地最低工资标准的，要在补足低于标准部分的同时，另外支付相当于低于部分百分之二十五的经济补偿金。”某咨询公司除了要按照最低工资标准补足差额，向韩宾发放工资外，还要按照低于部分的25%给予经济补偿，并可以获得1~5倍的赔偿金。某咨询公司规定的基本工资为500元，与最低工资标准差额为100元，韩宾工作两个月，因此，工资报酬低于最低工资标准部分为200元。经济补偿金为50元，赔偿金为200~1000元。

《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第3条规定：“用人单位克扣或者无故拖欠劳动者工资的，以及拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的，除在规定的时间内全额支付劳动者工资报酬外，还需加发相当于工资报酬百分之二十五的经济补偿金。”韩宾每日延长工作时间小时，按照《工资支付暂行规定》第13条的规定，“用人单位依法安排劳动者在日法定标准工作时间以外延长工作时间的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人小时工资标准的150%支付劳动者工资；”韩宾的日工资按照最低工资标准计算为20元，小时工资标准为2.5元，每日延长2小时的工资报酬为7.5元。月工资总计为600+225=825元。某咨询公司拖欠其两个月工资计1650元，应当支付经济补偿金412.5元。某咨询公司应当支付给韩宾的劳动报酬最和为1650元（工资）+462.5元（经济补偿金）+200~1000元（赔偿金）+400元（岗位津贴）=2712.5~3512.5。

《劳动争议调解仲裁法》第47条第1项规定：“下列劳动争议，除本法另有规定的外，仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力：（一）追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准十二个月金额的争议；”本案属于因追索劳动报酬和经济补偿金发生的争议，并且争议标的不超过当地月最低工资标准十二个月金额（600×12=7200）。如果按照《劳动争议调解仲裁法》的规定，劳动争议仲裁委员会关于本案的裁决即为

终局裁决，原告某咨询公司除非能够提供证据证明仲裁裁决“适用法律、法规确有错误；劳动争议仲裁委员会无管辖权；违反法定程序；裁决所根据的证据是伪造的；对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据；仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为”等，否则不能向人民法院申请撤销仲裁裁决。本案发生在该法实施之前，按照法律不溯及既往的原则，不适用《劳动争议调解仲裁法》的规定。该法实施之后的同类争议，则应当按照《劳动争议调解仲裁法》的规定处理。

20. 工资支付附条件的，是否有效？

【案情】

谢知求经营一家木材加工厂。邓恺是该厂工人。2007 年 8 月，邓恺因故需要返乡，临行前尚有两个月的工资计 2400 元未结算。谢知求与邓恺达成书面协议，约定：如果邓恺在 2007 年 10 月 1 日前返回并继续为谢知求工作，支付未结算的工资 2400 元；否则，无权要求支付该工资。2007 年 10 月底，邓恺才得以返回。谢知求以已经招用其他工人为由，让邓恺另找工作，并拒绝支付拖欠的工资。双方为此发生争议，邓恺向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告邓恺诉称，被告拖欠原告工资报酬，违反我国劳动法的规定，侵犯了劳动者的合法权益。虽然原、被告达成了工资支付协议：约定原告按时返回并继续为被告工作，才有权要求支付拖欠的工资。但该协议是在原告急于返乡的情况下迫于无奈达成的，因违反法律的强制性规定而无效。请求人民法院判决被告支付工资并给予经济补偿。

■ 被告谢知求辩称，原、被告达成的工资支付协议是双方真实的意思表示，合法有效。原告逾期返回，协议所附免除工资支付义务条件成就，被告有权不支付原告未结算工资。并且，本案应属于劳动争议，应当适用劳动争议仲裁前置的规定。原告直接向人民法院提起诉讼，违反法律程序。



【律师点评】

首先，我们从诉讼程序的角度看原告能否直接向人民法院提起诉讼。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第3条规定："劳动者以用人单位的工资欠条为证据直接向人民法院起诉，诉讼请求不涉及劳动关系其他争议的，视为拖欠劳动报酬争议，按照普通民事纠纷受理。"在本案中，原、被告达成的工资支付书面协议实质上即属于一份工资欠条。原告以该协议为证据提起诉讼，诉讼请求不涉及其他劳动争议，按照上述司法解释的规定，人民法院可以直接受理，不适用劳动争议处理程序中仲裁前置的规定。因此，原告直接向人民法院起诉，不违反法律程序。

其次，原、被告达成的附条件工资支付协议是否有效呢？《劳动法》第50条规定："工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。"《工资支付暂行规定》第7条规定："工资必须在用人单位与劳动者约定的日期支付。如遇节假日或休息日，则应提前在最近的工作日支付。工资至少每月支付一次，实行周、日、小时工资制的可按周、日、小时支付工资。"根据上述法律规定，工资应当按时、足额支付，不能附加任何不合理条件。原告为被告提供劳动后，应当按月领取工资。被告拖欠原告两个月工资，已经违反了劳动法的规定，此后达成的附支付条件的协议也因违反法律的强制性规定而属于无效合同。

《劳动法》第91条和《工资支付暂行规定》第18条均规定：用人单位克扣或者无故拖欠劳动者工资的；拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的；低于当地最低工资标准支付劳动者工资的，由劳动行政部门责令其支付劳动者工资和经济补偿，并可责令其支付赔偿金。《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第3条规定："用人单位克

扣或者无故拖欠劳动者工资的，以及拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的，除在规定的时间内全额支付劳动者工资报酬外，还需加发相当于工资报酬百分之二十五的经济补偿金。”也就是说，被告不仅应当支付拖欠原告的工资，而且应当按照工资总额的25%给予经济补偿。在本案中，拖欠工资总额为2400元，经济补偿600元，被告总共应当支付原告3000元。



21. 实行计件工资制的，应否支付加班工资?

【案情】

李翔是某企业职工。该企业实行计件工资制，规定：职工每完成一件产品加工任务，发给15元工资，每月生产定额为80件，多劳多得。2007年6月，由于生产任务增加，该企业要求职工加班完成生产任务。2007年6~10月间，李翔多次加班，超额完成生产任务。某企业按照正常标准向其发放了计件工资。李翔要求某企业支付加班工资，遭到拒绝，遂向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决：某企业应当按照法律规定，即正常标准的150%支付李翔的加班工资。某企业对仲裁裁决不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告某企业诉称，法律规定的加班工资是针对计时工资的情况，原告实行计件工资制，职工多劳多得，因此，不适用加班工资。劳动争议仲裁裁决适用法律错误，请求人民法院予以撤销。

■ 被告李翔辩称，被告在正常工作时间以外超额完成生产任务，按照法律规定，原告应当按照150%标准支付加班工资。劳动争议仲裁裁决正确，请求人民法院予以维持。



【律师点评】

《劳动法》第36条规定："国家实行劳动者每日工作时间不超过

八小时、平均每周工作时间不超过四十四小时的工时制度。”所谓加班，是指在法定工作时间之外参加劳动。在计件工作状态下是否存在加班呢?《劳动法》第37条规定：“对实行计件工作的劳动者，用人单位应当根据本法第三十六条规定的工时制度合理确定其劳动定额和计件报酬标准。”也就是说，在计件工作状态下同样应当遵守8小时工作制。8小时之外延长工作时间的，就属于加班，应当支付加班工资。计件工作状态只是工资报酬方式的改变，并不改变工作时间标准。《劳动法》第44条规定：“有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：（一）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；（三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。”《工资支付暂行规定》第13条第2款明确规定：“实行计件工资的劳动者，在完成计件定额任务后，由用人单位安排延长工作时间的，应根据规定，分别按照不低于本人法定工作时间计件单价的150%、200%、300%支付其工资。”原告认为加班工资不适用于实行计件工资制的情况，没有法律根据。

在本案中，原告规定：职工每月的生产定额为80件，多劳多得。被告加班超额完成生产任务。其超额完成的部分，如果是在法定工作时间内完成的，应当按照多劳多得的规定，即每件15元支付劳动报酬。如果是在法定工作时间之外完成的，就属于加班，应当支付加班工资，即按照正常标准的150%支付劳动报酬。《工资支付暂行规定》第18条规定：“各级劳动行政部门有权监察用人单位工资支付的情况。用人单位有下列侵害劳动者合法权益行为的，由劳动行政部门责令其支付劳动者工资和经济补偿，并可责令其支付赔偿金：（一）克扣或者无故拖欠劳动者工资的；（二）拒不支付劳动者延长工作时间

工资的；(三) 低于当地最低工资标准支付劳动者工资的。经济补偿和赔偿金的标准，按国家有关规定执行。"《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第3条规定："用人单位克扣或者无故拖欠劳动者工资的，以及拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的，除在规定的时间内全额支付劳动者工资报酬外，还需加发相当于工资报酬百分之二十五的经济补偿金。"因此，原告除了依法支付加班工资外，还应当给予被告相当于6~10月间工作报酬25%的经济补偿。

22. 挂靠经营的客运车辆驾驶员工资应当由谁支付?

【案情】

2006年9月，某客运公司与崔毅签订合营协议：某客运公司负责提供客运线路和营运证，崔毅提供车辆；崔毅向某客运公司交纳管理费后实行独立核算，自负盈亏；驾驶员工资由崔毅发放，某客运公司负责驾驶员的安全培训和管理。崔毅聘请于雷为驾驶员，从事客运。于雷向某客运公司交纳了保证金3000元。2007年12月，由于崔毅拖欠工资，于雷多次索要未果，遂向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求某客运公司支付拖欠的工资与经济补偿金。仲裁裁决：于雷与某客运公司没有劳动关系，其工资应当由车主崔毅支付。于雷不服，向人民法院起诉。

【争鸣】

■原告于雷诉称，根据我国现行法律规定，不允许私人经营客运业务，私人车辆从事客运的，必须挂靠到有经营资格的单位。第三人崔毅与被告属于挂靠关系，这是一种内部承包关系。原告为第三人开车，也就是为被告开车，工资由第三人代为支付。被告对原告进行安全培训和管理，原告也向其交纳了保证金，双方形成了事实劳动关系。因此，第三人拖欠原告工资，责任应当由被告承担，请求人民法院判决被告支付原告被拖欠的工资以及经济补偿金。

■被告某客运公司辩称，根据被告与第三人合营协议的约定，被告将客运线路承包给第三人，由第三人负责营运，被告收取管理

费。驾驶员的工资由第三人发放，被告仅负责培训和日常的管理。因此，被告与原告不存在劳动关系。原告要求被告支付拖欠的工资，理由不成立。



【律师点评】

在本案中，被告与第三人属于挂靠关系，合营协议对当事人双方的权利义务进行了明确约定，即某客运公司负责提供客运线路和营运证，崔毅提供车辆；崔毅向某客运公司交纳管理费后实行独立核算，自负盈亏；驾驶员工资由崔毅发放，某客运公司负责驾驶员的安全培训和管理。原告是第三人聘请的驾驶员，工资也由第三人，即车主发放，被告只是负责对原告进行安全培训以及日常管理。所以，被告作为一个管理机构，只与自己的管理人员形成劳动关系，支付工资等，对挂靠的车辆和驾驶员只是负责管理并收取一定的管理费用，不存在劳动关系。第三人与原告之间产生的劳动报酬纠纷属于一般的民事纠纷，而不是劳动争议。因此，第三人拖欠原告工资，被告不应承担责任。

23. 因客户拖欠货款扣发业务人员工资，是否合法?

【案情】

彭环珂是某公司市场营销部业务员。在其经手办理的几笔业务中，有一部分货款一直未能收回。2007年6月，某公司通知彭环珂：从即日起，停发其工资、奖金以及其他各项福利待遇，直至货款收回之日。为了能够早日收回货款，彭环珂想方设法，但直到2007年10月，仍然有部分货款未能收回。由于工资被停发，造成生活困难，彭环珂要求某公司补发工资、奖金等，并从即日起正常发放工资，遭到某公司拒绝，遂向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决：某公司应当补发工资并支付经济补偿金。某公司不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告某公司诉称，被告对其经手的业务，不能收回货款，给原告造成经济损失，原告有权要求被告赔偿经济损失，停发其工资、奖金等。仲裁裁决适用法律错误，请求人民法院予以撤销。

■ 被告彭环珂辩称，客户拖欠货款是正常的经济现象，不能归咎于被告个人。被告已经为收回货款尽了最大努力，原告仍然以被告未收回货款为由扣发被告工资、奖金以及各项福利待遇，违反了劳动法律、法规的规定，侵犯了被告的劳动者权益。仲裁裁决正确，请求人民法院予以维持。



【律师点评】

《劳动法》第50条规定："工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。"《工资支付暂行规定》第15条规定："用人单位不得克扣劳动者工资。有下列情况之一的，用人单位可以代扣劳动者工资：(1) 用人单位代扣代缴的个人所得税；(2) 用人单位代扣代缴的应由劳动者个人负担的各项社会保险费用；(3) 法院判决、裁定中要求代扣的抚养费、赡养费；(4) 法律、法规规定可以从劳动者工资中扣除的其他费用。"第16条规定："因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付。"

在本案中，被告经手的业务中有部分货款未能及时收回，原告能否以被告给单位造成经济损失为由，要求被告赔偿，并从被告的工资中扣除呢？被告经手办理业务，并非是被告的个人行为，而是代表原告实施的职务行为，客户拖欠的货款也不是被告个人的款项，而是拖欠原告的款项，要求被告个人对拖欠的货款承担责任，有失公平。而且，拖欠货款在当前的经济生活中属于一种正常现象，不能归咎于被告个人。认为由于被告的原因造成拖欠货款，给原告带来经济损失，依据不足。并且，被告已经为收回货款尽到了最大努力，原告停发工资、奖金以及其他福利待遇的行为违反了劳动法律、法规的规定，侵犯了劳动者的合法权益。

《工资支付暂行规定》第18条规定："各级劳动行政部门有权监察用人单位工资支付的情况。用人单位有下列侵害劳动者合法权益行

为的，由劳动行政部门责令其支付劳动者工资和经济补偿，并可责令其支付赔偿金：（一）克扣或者无故拖欠劳动者工资的；”根据《对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定》，所谓“克扣”，系指用人单位无正当理由扣减劳动者应得工资（即在劳动者已提供正常劳动的前提下用人单位按劳动合同规定的标准应当支付给劳动者的全部劳动报酬）。不包括以下减发工资的情况：（1）国家的法律、法规中有明确规定的；（2）依法签订的劳动合同中有明确规定的；（3）用人单位依法制定并经职代会批准的厂规、厂纪中有明确规定的；（4）企业工资总额与经济效益相联系，经济效益下浮时，工资必须下浮的（但支付给劳动者工资不得低于当地最低工资标准）；（5）因劳动者请事假等相应减发工资等。所谓“无故拖欠”，系指用人单位无正当理由超过规定付薪时间未支付劳动者工资。不包括：（1）用人单位遇到非人力所能抗拒的自然灾害、战争等原因、无法按时支付工资；（2）用人单位确因生产经营困难、资金周转受到影响，在征得本单位工会同意后，可暂时延期支付劳动者工资，延期时间的最长限制可由各省、自治区、直辖市劳动行政部门根据各地情况确定。其他情况下拖欠工资均属无故拖欠。

在本案中，原告并不存在可以扣减或者延期支付劳动者工资的正当理由。原告除了要补发被告工资外，还应当支付经济补偿。《劳动合同法》第85条规定：“用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金：（一）未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬的；”《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第3条规定：“用人单位克扣或者无故拖欠劳动者工资的，以及拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的，除在规定的时间内全额支付劳动者工

资报酬外，还需加发相当于工资报酬百分之二十五的经济补偿金。”原告应当在补发被告工资并支付相当于拖欠的工资报酬25%的经济补偿金后，恢复按照正常标准发放被告工资、奖金以及其他福利待遇。

24. 非法经营被取缔的，劳动者的工资由谁支付？

【案情】

刘丽娜等人在未取得营业执照的情况下，设立某公司从事非法经营活动。刘小佩于2007年6月到某公司工作，直到该公司于2007年11月被工商部门依法取缔，月工资为2000元。取缔时，刘小佩2007年9月、10月和11月的部分工资仍未支付，总计5000元。刘小佩向劳动部门申诉，劳动部门责令某公司立即支付上述被拖欠的工资以及经济补偿金，但某公司一直未履行。刘小佩遂持某公司出具的工资欠条向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告刘小佩诉称，被告拖欠原告劳动报酬，请求人民法院判决其履行给付义务并支付经济补偿金和赔偿金。

■ 被告某公司的出资人刘丽娜等辩称，某公司已经被工商部门取缔，与原告的劳动关系自行终止。原告要求被告承担工资支付责任，没有法律依据。



【律师点评】

《劳动合同法》第93条规定："对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为，依法追究法律责任；劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经

济补偿、赔偿金；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”根据《无照经营查处取缔办法》的规定，不具备合法经营资格的无照经营行为主要有以下几种：(一) 应当取得而未依法取得许可证或者其他批准文件和营业执照，擅自从事经营活动的无照经营行为；(二) 无须取得许可证或者其他批准文件即可取得营业执照而未依法取得营业执照，擅自从事经营活动的无照经营行为；(三) 已经依法取得许可证或者其他批准文件，但未依法取得营业执照，擅自从事经营活动的无照经营行为；(四) 已经办理注销登记或者被吊销营业执照，以及营业执照有效期届满后未按照规定重新办理登记手续，擅自继续从事经营活动的无照经营行为；(五) 超出核准登记的经营范围、擅自从事应当取得许可证或者其他批准文件方可从事的经营活动的违法经营行为。

对于非法经营的行为，首先要依法追究其法律责任，由工商行政管理部门依法予以取缔，没收违法所得；触犯刑律的，依照刑法关于非法经营罪、重大责任事故罪、重大劳动安全事故罪、危险物品肇事罪或者其他罪的规定，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，并处 2 万元以下的罚款；无照经营行为规模较大、社会危害严重的，并处 2 万元以上 20 万元以下的罚款；无照经营行为危害人体健康、存在重大安全隐患、威胁公共安全、破坏环境资源的，没收专门用于从事无照经营的工具、设备、原材料、产品（商品）等财物，并处 5 万元以上 50 万元以下的罚款。

其次，不具备合法经营资格的用人单位的劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金。不具备合法经营资格的用人单位不属于合法的用人单位，与劳动者订立的劳动合同因主体违反法律规定属于无效合同。但根据公平的原则，不具备合法经营资格的用人单位被依法处理的，该单位的劳动者已经付出劳动的，仍应获得相应的劳动报酬、

经济补偿、赔偿金。针对不具备合法经营资格的用人单位被工商行政管理部门依法处理，特别是被依法取缔后，劳动者的劳动报酬、经济补偿、赔偿金无人支付问题，《劳动合同法》明确规定不具备合法经营资格的用人单位被依法处理，该单位的劳动者已经付出劳动的，由被处理的单位或者其出资人向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金。因此，即使不具备合法经营资格的用人单位被依法取缔，被处理的单位或者其出资人仍应支付劳动者的劳动报酬、经济补偿、赔偿金。被依法取缔的单位不能因其被取缔、不存在为由，拒绝支付劳动者报酬、经济报酬、赔偿金。对被处理单位或其出资人拒绝付的，劳动者可以其出资人为被告提起诉讼。不具备合法经营资格的用人单位，给劳动者造成损害的，应当由被处理的单位或者其出资人承担赔偿责任。

在本案中，被告在未办理营业执照的情况下非法设立某公司，从事经营活动，应当依法追究其法律责任。原告在该公司工作，付出了劳动，应当获得劳动报酬。原告被拖欠的9～10月份工资以及11月份部分工资应当支付。被告还应当就其拖欠工资的行为给予经济补偿。同时，根据《劳动合同法》的规定，用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销，劳动合同终止的，应当按照劳动者的工作年限给予经济补偿。原告在某公司工作不满半年，经济补偿的标准的是半个月工资。

《劳动合同法》第85条规定："用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金：（一）未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬的；（二）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；（三）安排加班不支付加班费的；（四）解除或者终止劳动

合同，未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的。”原告应得的工资为5000元，其中被拖欠的两个月工资4000元，依据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》的规定，应当支付25%的经济补偿金，即1000元，以及劳动合同终止的经济补偿金1000元，总计7000元。由于某公司未按照劳动部门规定期限支付上述工资与经济补偿，应当加付50%~100%的赔偿金。被告是某公司的出资人，应当承担上述法律责任。

25. 因冒领工资引发争议的，举证责任由谁承担？

【案情】

张娜是一家工厂的会计兼出纳。最近，张娜遇到了一件让她始终无法释怀的怪事。2007 年 2 月某日，一名妇女来到张娜的办公室，声称自己是该企业职工李洪的妻子，现在代丈夫来领取工资，并拿出了刻有李洪名字的印章及李洪的户口簿。张娜翻开工资表，进行核对后了解到，李洪确系该企业职工，2006 年度工作了 308 个工日，应获取工资报酬 8350 元；2007 年春节期间，李洪被单位安排到外地工作，未能回家领取 2006 年度的工资。妻子帮丈夫领工资本是比较正常的事，张娜没有多想，在李洪的工资表上盖上该妇女提供的印章后，就将李洪的工资存单交给了该妇女。2007 年 3 月某日，李洪突然来到公司，说要领取上年度的工资。公司相关人员向李洪说明工资已被其妻取走的情况，但李洪当即予以否认，双方为此发生纠纷。经劳动争议仲裁委员会仲裁，认定李洪的工资已经支付。李洪对劳动争议仲裁委员会的仲裁决定不服，向人民法院提起诉讼。某企业在答辩中向法庭提供了盖有李洪印章的工资表复印件。

【争鸣】

■ 原告李洪诉称，刻有自己名字的私人印章不足以证明原告委托他人领取工资的事实。被告在发放工资的过程中未严格履行审查注意义务，造成工资被冒领，责任应当由被告承担。

■ 被告某企业辩称，原告的委托人持有原告的私人印章和户口

簿领取工资，被告据以发放工资并无不妥。



【律师点评】

依照劳动法的规定，某企业应给付李洪报酬是没有争议的。现在主要争议的是合同履行应由谁举证的问题。合同是否履行发生的争议，是指一方当事人主张合同尚未履行，要求对方当事人履行合同上的义务，而对方则抗辩说合同义务已经履行，或者认为合同已不具有履行效力。

最高人民法院于2001年12月制定的《关于民事诉讼证据的若干规定》第5条第2款规定："对合同是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。"具体而言，负有履行义务的当事人只要证明了下列事实之一，就表明他人的履行请求权不复存在：(1) 债务已经按照约定履行，即清偿。(2) 合同解除。(3) 债务相互抵销。(4) 债务人依法将标的物提存。(5) 债权人免除债务。(6) 债权债务同归于一人。《劳动争议调解仲裁法》第6条也规定："发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。"在本案中，负有履行合同义务即给付工资义务的某企业除了向法庭提供盖有李洪印章的工资表复印件之外，未能提供其他证据。仅凭刻有李洪名字的印章，显然不能证明债务已经履行。因为私人印章在现实生活中存在被他人私刻的可能。在没有当事人的授权委托书等证据印证的情况下，印章不足以证明当事人委托他人领取工资的事实。在这种情况下，某企业未充分举证证明上述6种情形之一存在，因此，人民法院应当依法判决其承担继续给付李洪工资的义务。

日常生活中，家属代领工资的现象确实比较普遍，人们也习以为常。但在习以为常中，人们往往忘记了按法操作，不幸的种子在不经意间可能就埋下了。其实，有人代领工资时，最好坚持要其出具委托人的授权委托书。即便熟悉当事人的家属，也应要求其家属在工资表上签字或按手印。一般情况下，除对当事人的印章比较熟悉并有把握外，仅仅要其家属盖印章是不妥当的。由于法律对私人印章的刻制程序未作严格规范，伪造私人印章的情况时有发生，故私人印章的证明力相对较低。

26. 在劳动报酬纠纷中，共同务工人员的证言是否具有证明力？

【案情】

王伟、宋华、张小东家住同一个村。2007年春节过后，三人相约结伴到城里务工。在某市，王伟三人找到了一份建筑工地上的工作。2007年9月，王伟向人民法院提起诉讼，主张承包该工地的赵鹏程拖欠其工资共计5500元，请求人民法院依法判决其履行给付义务。在庭审过程中，宋华和张小东出庭作证，证明赵鹏程拖欠王伟工资5500元，同时还拖欠自己的工资，分别为2800元和3200元。

【争鸣】

■ 原告王伟诉称，被告拒不履行支付劳动报酬义务，请求人民法院判决其支付劳动报酬并给予原告经济赔偿。

■ 被告赵鹏程辩称，自己不是该工地的承包人，没有给付工资的义务。



【律师点评】

在本案中，王伟向法庭提供的证据是同村村民并和其在同一个工地工作的宋华和张小东的证言，而且两人在作证过程中称：赵鹏程除拖欠王伟的工资外，还拖欠自己数量不等的工资。在王伟未能提供其他证据的情况下，能否根据上述两名证人的证言认定其主张的事实，

支持其诉讼请求呢?

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第69条第2项规定:“下列证据不能单独作为认定案件事实的依据:……(二)与一方当事人或者代理人有利害关系的证人出具的证言;”本案证人宋华和张小东与王伟是同村村民,在同一工地干活,而且两人均称赵鹏程拖欠其工资。由此看来,宋华和张小东与王伟虽无共同利益,但有着相似的利益,应视为本案的利害关系人。故宋华等两人的证言不能单独作为认定案件事实的依据。从另一个角度看,如果宋华或张小东以同一案由向法院起诉,向本案被告赵鹏程追索劳动报酬,所谓的证据也必然是本案原告王伟和本案其他证人的证言。如此循环作证,势必得出“原告的陈述就是证人证言”的结论。《民事诉讼法》第63条把证据分为7种,第4种证据为“证人证言”,第5种证据为“当事人陈述”,它们是两个不同的概念。而“原告的陈述就是证人证言”这一结论显然与立法本义相矛盾,是站不住脚的。据此,应认定本案事实不清,证据不足,对王伟的诉讼请求应依法判决驳回。

从本案可以看出,农村外出务工人员要维护自己的合法权益,首先要提高自身素质,尤其是依法维权的能力。在务工过程中,要依法签订劳动合同,对拒不履行法律义务的用人单位要及时检举。只有这样,才能减少劳务纠纷。一旦发生纠纷,也可以使自己的合法权益得到有效的保护。

27. 在劳动报酬纠纷中，私自录音能否作为有效证据使用？

【案情】

周阳为某企业退休工程师。2006年3月，周阳受聘到某酒店负责电力系统的维护工作。双方签订了劳务协议：周阳负责保证该酒店电力系统的正常运行，不按正常作息时间上班，每月到酒店两次检查电力系统运行情况；在电力系统出现故障时，周阳须及时赶到并予以排除。年薪5万元。2007年8月，周阳向人民法院提起诉讼，要求某酒店支付劳动报酬。周阳向法院提供了双方签订的劳务协议书一份，同时提供了酒店经理签署的同意先行支付周阳部分劳务报酬（1万元）的便条一张（因财务部门声称没有现金，未支付）。便条的落款时间为2007年1月。除此之外，周阳还提供了其与酒店经理通话的电话录音。录音包含以下内容："钱什么时候给？"（周阳）"五一之前吧！"（酒店经理）"这一年设备运行得挺好的，没出什么问题。"（周阳）"还行。"（酒店经理）酒店提供了电力设备检修记录和周阳的考勤表。周阳签到的次数均为8次，时间一致。

【争鸣】

■ 周阳诉称，被告未按协议支付自己的劳动报酬，请求人民法院依法判决其履行合同义务。由于自己不按正常作息时间上班，被告并未严格要求自己和其他员工一样签到。签到次数和时间不能真实地反映自己的工作情况。

■ 某酒店辩称，原告在受聘期间未按协议履行劳动义务。除其未按协议约定定期到酒店进行例行检查外，在酒店电力系统于2006年10月出现故障时，也未及时赶到，加以排除，影响了酒店的正常运营，给酒店造成了重大经济损失，不同意原告的诉讼请求。酒店经理同意支付原告部分劳动报酬，是出于春节将近的考虑，与原告是否按约定履行了劳动义务没有因果关系；电话录音中，酒店经理的回答是为敷衍原告，不代表其认可原告的工作和同意支付劳务报酬。同时，原告未经对方同意而私自录音，系违法行为，该录音不能作为证据使用。



【律师点评】

《民事诉讼法》第63条虽然规定视听资料可以作为证据使用，但对未经对方当事人同意取得的视听资料是否可以作为证据使用以及证明力等问题，未作明确规定。最高人民法院在给河北省高级人民法院的批复中（法复1995第2号）规定："未经对方当事人同意私自录制其谈话，系不合法行为，以这种手段取得的录音资料，不能作为证据使用。"从而否定了私自录制的录音资料的证据资格。2002年4月1日起正式实施的最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《若干规定》）第70条第3项规定："一方当事人提出的下列证据，对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的，人民法院应当确认其证明力：……（三）有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件；"第82条规定："本院过去的司法解释，与本规定不一致的，以本规定为准。"从上述规定可以看出，对录音资料能否作为证据使用，批复以"经对方当事人同意"为条件；而《若干规定》则代之以"以合法手

段取得”。换言之，私自制作的录音资料，只要采集手段不损害对方的合法权益和公共利益及其他人的利益，就可以作为证据使用，但必须有其他证据佐证，录音资料本身不存在疑点，而且对方当事人没有足够证据进行反驳。批复与《若干规定》相抵触，应当以规定为准。

因此，本案中，周阳在未经酒店经理同意的情况下取得的电话录音，如果符合司法解释的规定，可以证明其主张的事实，作为定案的依据。周阳提供的酒店经理同意先行支付部分劳务报酬的便条与录音资料相互印证，可以证明酒店方对周阳的工作表示认可，同意支付周阳的劳动报酬的事实。酒店方对周阳提供的证据虽然有异议，但未提供足以反驳的证据。电力设备检修记录和考勤表是酒店单方面制作的内部资料，在没有其他证据佐证的情况下，不能独立证明其主张的事实。周阳作为酒店聘请的技术人员，不按正常作息时间上班，酒店有可能对其不按正常的管理制度进行管理，包括不履行严格的签到手续。综合以上情况，本案应当认定周阳主张的事实。

28. 劳动者在境外犯罪的，劳务输出公司能否扣发其工资?

【案情】

2006 年 6 月，赵永望与某公司签订劳务输出合同，约定：某公司负责与外方签订合同，向外方结算劳动报酬，向赵永望发放工资。2006 年 8 月，赵永望赴国外劳动。在境外期间，某公司按照合同约定，与外方结算后向赵永望发放了工资，但 2007 年 6 ~ 10 月间的工资因外方未及时结算，某公司未向赵永望发放。2007 年 10 月，赵永望在境外因犯罪行为被逮捕，并被判处罚金后遣返回国。外方公司遂将赵永望 2007 年 6 ~ 10 月间的工资扣除。赵永望回国后向人民法院提起诉讼，要求某公司支付被其扣发的工资并给予经济补偿。

【争鸣】

■ 原告赵永望诉称，原告在国外期间按照合同约定提供了正常劳动，被告应当支付劳动报酬。被告扣发原告 2007 年 6 ~ 10 月间的工资，没有合同和法律依据。请求人民法院判决被告支付扣发的工资并给予经济补偿。

■ 被告某公司辩称，原告与被告签订的是劳务输出合同，其工资应由外方支付，由于原告在境外的犯罪行为，其 2007 年 6 ~ 10 月间的工资已被外方扣除。被告无义务支付原告工资，请求人民法院驳回其诉讼请求。



【律师点评】

根据合同相对性原则，合同主要在特定的合同当事人之间发生法律拘束力，只有合同当事人一方能基于合同向对方提出请求或者提起诉讼，而不能向与其无合同关系的第三人提出合同上的请求，也不能擅自为第三人设定合同上的义务。合同相对性原则包含三个方面的内容：一是主体的相对性，即合同关系只能发生在特定的主体之间，只有合同当事人一方能够向合同的另一方当事人基于合同提出请求或者提起诉讼。二是内容的相对性，即合同规定由当事人享有的权利原则上并不及于第三人，合同规定由当事人承担的义务，一般也不能对第三人产生拘束力；另外，合同当事人也无权为他人设定合同上的义务，如果为第三人设定义务，则只有在征得第三人同意之后，该义务方可生效。三是责任的相对性，违约当事人应对自己的过错造成的违约后果承担违约责任，而不能将责任推卸给他人，在因第三人的行为造成债务不能履行的情况下，债务人仍应向债权人承担违约责任。在本案中，原告与被告签订的合同合法有效，根据合同约定，原告受被告派遣赴境外工作，其工资由被告发放，原告不直接与外方结算劳动报酬。因此，遵循合同相对性原则，本案中，被告负有向原告给付工资的义务，原告在按约完成工作任务的情况下，应当享有劳动报酬，被告不得以外方扣除了原告的工资为由扣发其工资。

《劳动法》第50条规定："工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。"《工资支付暂行规定》第15条规定："用人单位不得克扣劳动者工资。有下列情况之一的，用人单位可以代扣劳动者工资：(1) 用人单位代扣代缴的个人所得税；(2) 用人单位代扣代缴的应由劳动者个人负担的各项社会保险费用；(3) 法院判决、裁定中要求代扣的抚养费、赡养费；(4) 法律、法规

规定可以从劳动者工资中扣除的其他费用。”《对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定》第3条对“克扣”作出了具体解释，明确了不属于“克扣”的具体情形，“《规定》第十五条中所称‘克扣’系指用人单位无正当理由扣减劳动者应得工资（即在劳动者已提供正常劳动的前提下用人单位按劳动合同规定的标准应当支付给劳动者的全部劳动报酬）。不包括以下减发工资的情况：(1) 国家的法律、法规中有明确规定的；(2) 依法签订的劳动合同中有明确规定的；(3) 用人单位依法制定并经职代会批准的厂规、厂纪中有明确规定的；(4) 企业工资总额与经济效益相联系，经济效益下浮时，工资必须下浮的（但支付给劳动者工资不得低于当地最低工资标准）；(5) 因劳动者请事假等相应减发工资等。”除上述规定以外，用人单位不得扣发劳动者工资。在本案中，被告以劳动者犯罪和外方扣发工资为由而拒绝向劳动者支付工资缺乏法律依据。

《劳动合同法》第85条规定：“用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金：（一）未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬的；（二）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；（三）安排加班不支付加班费的；（四）解除或者终止劳动合同，未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的。”《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第3条规定：“用人单位克扣或者无故拖欠劳动者工资的，以及拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的，除在规定的时间内全额支付劳动者工资报酬外，还需加发相当于工资报酬百分之二十五的经济补偿金。”被告除了支付克扣的原告工资外，还应当给予相当于被扣发工资报酬25%的经济补偿。在规定期限内逾期不支付的，要加付应付金额50%～100%的赔偿金。

29. 电子打卡记录与手工考勤表不一致的，如何认定案件事实？

【案情】

程国强是某公司员工。根据某公司内部规章制度的规定，员工考勤以公司电子打卡机的记录为准，以考勤员的手工考勤表为辅；员工无故旷工一天，处以200元罚款。2007年6月，某公司因程国强旷工5天，对其处以1000元罚款。程国强不服，向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决：维持某公司的处罚决定。程国强向人民法院提起诉讼。某公司提交的根据电子打卡机记录打印的考勤表，显示程国强在2007年6月间有5天没有打卡记录；考勤员提供的手工考勤表显示：2007年6月，程国强的考勤记录中有5天属于请假。某公司未提供其他证据。

【争鸣】

■ 原告程国强诉称，原告在2007年6月曾因故请假5天，并不是无故旷工，请求人民法院撤销其处罚决定。

■ 被告某公司辩称，劳动争议仲裁裁决正确，请求人民法院予以维持。



【律师点评】

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第22条规定：

“调查人员调查收集计算机数据或者录音、录像等视听资料的，应当要求被调查人提供有关资料的原始载体。提供原始载体确有困难的，可以提供复制件。提供复制件的，调查人员应当在调查笔录中说明其来源和制作经过。”计算机数据与传统的证据相比，具有两个突出的特点：(1) 物质依赖性。计算机数据是以电、磁等媒体形式存在的，人们单凭自己的感官无法直接感知，必须借助于技术手段使其固定储存于软盘中，在使用时也要运用电子计算机等设备才能播放、显现。(2) 可改变性。由于计算机储存的图形、数据、符号、形象等是运用计算机技术存贮和调取的，它可以通过技术手段获得，也可以通过技术手段予以变更、删除。

因此，人民法院对计算机数据的审查包括两个方面的内容：(1) 计算机数据本身的形成过程是客观真实的。一般而言，计算机储存的信息如果未受到电脑病毒的侵袭，未遭到人为的修改、删除，其所记录和反映的资料都是客观真实的原始资料。当事人在提交此类证据材料时，可以委托具有专门技术知识的人对形成过程进行技术鉴定。人们可以借助科技设备形成计算机数据，同样可以用科技设备来鉴定其的真伪。(2) 计算机数据的内容是客观真实的。制作内容的客观真实只能保证被储存的资料本身未经过伪装或编造，并不意味着其内容必然是客观真实的。例如，当事人在故意向计算机里输入虚假或错误的信息，它所储存的信息当然也是虚假的。不过在一个案件中，能证明案件事实的证据往往不是单一的，而常常是有多种或多个证据。所以对计算机数据内容的审查，应当将其纳入本案的整个证明体系中去，看看它们之间是否一致。如果存在矛盾的地方，又不能予以合理排除，就必然存在虚假的一方。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第69条规定：“下列证据不能单独作为认定案件事实的依据：……（三）存有疑点的视听资料；（四）无法与原件、原物核对的复印件、复制品；”在

本案中，被告提供了根据电子打卡机记录打印的考勤表，但其没有提供计算机数据的原始载体证明该清单与电子打卡机的记录一致，因此对该计算机数据的真实性不能认定。即在考勤记录存在打印时被修改或重新制作的可能。同时也没有其他证据与该考勤表相互印证，证明原告无故旷工的事实。而被告提供的公司考勤员手工考勤表显示：原告在2007年6月间有5天属于请假。该手工考勤表在一定程度上说明了原告没有打卡考勤记录的原因。也就是说，即便能够确认打印的考勤表的真实性，该证据与手工考勤表之间相互印证之后，也说明原告没有打卡记录是事出有因，并非被告主张的旷工。由于被告提供的证据与其主张的事实不一致，不能认定原告旷工的事实。

30. 承诺为工友索要劳动报酬未果由自己出具欠条的，应否承担支付责任？

【案情】

张营跟随某建筑队到外地干活。2007年春节前夕，张营返乡，由于尚有6000元工资没有支付，张营找到建筑队队长索要。建筑队队长称由于工程款未结算，没有钱给其发工资，向张营出具了欠条。同时，张营的工友朱璟明向其承诺，工资由朱璟明在春节时带回，张营将欠条交给了朱璟明。春节时，朱璟明未按承诺将张营的工资带回，张营找其索要时，朱璟明称工资尚未结算，欠条也没带在身上。在张营的再三要求下，朱璟明以自己的名义向张营出具欠条一张，承诺2007年5月底前为张营要回工资，否则由自己赔偿。由于朱璟明到期未履行承诺，张营向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告张营诉称，第三人拖欠原告工资，被告承诺为其要回，但未能兑现。此后，被告向原告出具欠条，承诺在约定的期限届满前未能要回工资，即由被告赔偿。第三人与原告之间的债务转移到被告身上，被告应当支付原告上述款项。

■被告朱璟明辩称，原、被告之间属于委托关系，原告委托被告追讨被拖欠的工资。即便被告未能将工资要回，责任也不能由被告承担。原告将第三人应当承担的债务转移到被告身上，是错误的。虽然被告向原告出具了欠条，但欠条内容对被告而言显失公平，应当予

以撤销。



【律师点评】

在本案中，以被告以自己的名义向原告出具欠条为界限，原、被告之间的法律关系分为两个阶段。在被告以自己的名义出具欠条之前，原告与被告之间属于委托关系，即原告委托被告追讨被拖欠的工资。在委托索款的代理关系中，代理人代理债权人向债务人索款，所产生的后果应当由被代理人承担。《民法通则》第63条规定："公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任。"《合同法》第406条规定："有偿的委托合同，因受托人的过错给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。无偿的委托合同，因受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。"被告作为受托人，其代理行为的后果由委托人原告承担。即便被告未能完成委托的事项，即未能为原告要回拖欠的工资，也不能要求被告承担支付责任。除非被告有故意或者重大过失，给原告造成损失，才能要求被告承担赔偿责任。但在被告向原告出具欠条，承诺如果不能要回工资，由自己赔偿之后，当事人之间的法律关系发生了实质性变化，被告作出的承诺已经超过了受托人的义务范围，使自己从受托人变成了债务人。原来的委托代理关系在条件成就时（约定的期限届满，被告不能要回工资）转化为债权债务关系。

但在被告出具欠条之后，能否认为第三人的债务已经转移到了被告身上呢？这种看法是片面的。债务转移意味着原来的债务人不再承担债务，原来的债务由他人承担，债权人与原债务人之间的权利义务

消灭。但本案中，第三人的债务并未因被告向原告出具欠条而免除，原告仍然可以向第三人索要工资或者委托被告索要。被告出具欠条，承诺如果不能要回工资，由自己赔偿的行为也不属于代为履行的行为。在代为履行的法律关系中，原来的法律关系不发生变化，只是债务由他人代替履行。而被告出具欠条的行为已经使原来的法律关系发生了变化，即向原告承担债务的主体由第三人变成了被告和第三人两个人。

被告出具欠条，承诺如果不能要回工资，由自己赔偿的行为，属于债务的共同承担行为。即原告与第三人之间的债权债务并没有发生变化，第三人仍然负有支付原告被拖欠工资的法律责任，但由于被告的加入，向原告承担债务的人由一个变成了两个，即被告与第三人共同承担债务，负有连带清偿责任。《民法通则》第87条规定："债权人或者债务人一方人数为二人以上的，依照法律的规定或者当事人的约定，享有连带权利的每个债权人，都有权要求债务人履行义务；负有连带义务的每个债务人，都负有清偿全部债务的义务，履行了义务的人，有权要求其他负有连带义务的人偿付他应当承担的份额。"在这种情况下，原告的债权得到了更加有力的保障。原告可以向被告要求履行债务，也可以要求第三人履行债务，被告履行债务后，可以向第三人追偿。因此，原告要求被告履行债务的诉讼请求，理由成立。

31. 用人单位不履行经调解达成的工资支付协议，劳动者能否向人民法院起诉？

【案情】

徐晓画是某厂的数控机床操作工。双方签订的劳动合同中约定：徐晓画的工资为5000元/月；如果在工作中玩忽职守，违反操作工程，为用人单位造成经济损失，应当给予赔偿，赔偿金额从工资中予以扣除。2007年10月，徐晓画收到某厂发出的工资单，上面列明：由于徐晓画玩忽职守，违反操作工程，造成部分产品不符合规格，扣除当月工资1000元。徐晓画当即提出异议，双方为此发生纠纷，向劳动争议调解委员会申请调解。经调解，某企业同意支付扣除的工资，双方达成了书面调解协议。但某企业一直未按调解协议履行给付义务。徐晓画向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告徐晓画诉称，被告在没有事实依据的情况下，擅自扣除原告2007年9月份工资1000元，经劳动争议调解委员会调解，双方达成了调解协议，但被告拒不履行调解协议约定的给付义务。请求人民法院判决被告履行义务，支付原告被扣除的劳动报酬。

■ 被告某厂辩称，原告玩忽职守，给被告造成经济损失，按照劳动法规以及劳动合同的约定，被告扣除其工资的20%，并无不当。而且，本案属于劳动争议，在未经劳动争议仲裁委员会仲裁的情况下，原告直接向人民法院提起诉讼，违反法定程序。



【律师点评】

《工资支付暂行规定》第16条规定："因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付。"在本案中，如果原告确有玩忽职守、违反操作规程，给被告造成经济损失的行为，被告按照劳动合同的约定要求原告赔偿，并从其工资中扣除20%，并无不当。本案的问题在于，当事人之间的劳动争议经企业劳动争议调解委员会调解后达成协议，被告同意支付原告被扣除的工资，但又未履行给付义务。在这种情况下，原告能否直接向人民法院提起诉讼？

我们先来关注一下《劳动争议调解仲裁法》规定的劳动争议调解程序。根据《劳动争议调解仲裁法》的规定，发生劳动争议，当事人可以到下列调解组织申请调解：（一）企业劳动争议调解委员会；（二）依法设立的基层人民调解组织；（三）在乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织。当事人申请劳动争议调解可以书面申请，也可以口头申请。口头申请的，调解组织应当当场记录申请人基本情况、申请调解的争议事项、理由和时间。经调解达成协议的，应当制作调解协议书。调解协议书由双方当事人签名或者盖章，经调解员签名并加盖调解组织印章后生效，对双方当事人具有约束力，当事人应当履行。自劳动争议调解组织收到调解申请之日起15日内未达成调解协议的，当事人可以依法申请仲裁。达成调解协议后，一方当事人在协议约定期限内不履行调解协议的，另一方当事人可以依法申请仲裁。

关于劳动争议调解协议的效力的问题，调解协议是在劳动争议调解委员会主持下，劳动者和用人单位按照自愿的原则就劳动争议的解决达成的协议。由于劳动争议调解委员会并不具有司法机构的性质，其调解协议也就不具有强制执行的效力，只能靠当事人自觉履行。同时，由于调解协议是为解决劳动争议而达成的，因此具有劳动合同的性质。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第17条第1款规定："当事人在劳动争议调解委员会主持下达成的具有劳动权利义务内容的调解协议，具有劳动合同的约束力，可以作为人民法院裁判的根据。"

最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第17条第2款规定："当事人在劳动争议调解委员会主持下仅就劳动报酬争议达成调解协议，用人单位不履行调解协议确定的给付义务，劳动者直接向人民法院起诉的，人民法院可以按照普通民事纠纷受理。"这与《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第3条"劳动者以用人单位的工资欠条为证据直接向人民法院起诉，诉讼请求不涉及劳动关系其他争议的，视为拖欠劳动报酬争议，按照普通民事纠纷受理"的规定宗旨是一致的，都是为了更直接、更有效地保护劳动者最基本的劳动权益。《劳动争议调解仲裁法》第16条进一步规定："因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议，用人单位在协议约定期限内不履行的，劳动者可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令。人民法院应当依法发出支付令。"也就是说，在该法实施之后，因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成的调解协议，是具有强制执行效力的，如果用人单位不履行上述调解协议，劳动者可以向人民法院支付令，强制用人单位履行协议规定的支付义务。在该法实施之前，如果当事人达成的是劳动报酬争议的调解协议不涉及劳动争议其他事项，用人单位不履行协议确定的给付义务，劳

动者可以不经劳动仲裁，直接向人民法院提起诉讼。因此，本案被告不按照劳动争议调解协议履行给付义务，原告可以直接向人民法院提起诉讼。

工伤保险纠纷





32. 用人单位在工伤事故发生后再投保，责任由谁承担？

【案情】

2011年2月，肖茜应聘到某企业，双方签订了劳动合同。但某企业未给其申报工伤保险和缴纳工伤保险费。2011年7月，肖茜因工负伤。事故发生后，某企业向工伤保险经办机构提出申请，为肖茜补交了工伤保险费。肖茜与某企业因工伤待遇的支付问题发生争议，向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。劳动争议仲裁委员会裁决：解除肖茜与某企业的劳动关系，由某企业支付一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就业补助金等工伤保险待遇共计60000元。某企业对仲裁裁决不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告某企业诉称，该企业已经为被告补交了自签订劳动合同之日起的工伤保险费，工伤保险经办机构收取保费的行为表明其追认了已经发生的工伤事故，承担保险待遇支付责任。因此，被告的工伤保险待遇应当由工伤保险经办机构支付，原告不承担责任。

■ 被告肖茜辩称，劳动争议仲裁委员会的裁决正确，请求法院依法判决驳回原告的诉讼请求。



【律师点评】

《社会保险法》第33条规定："职工应当参加工伤保险，由用人单位缴纳工伤保险费，职工不缴纳工伤保险费。"《工伤保险条例》第2条规定："中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户（以下称用人单位）应当依照本条例规定参加工伤保险，为本单位全部职工或者雇工（以下称职工）缴纳工伤保险费。中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织的职工和个体工商户的雇工，均有依照本条例的规定享受工伤保险待遇的权利。"第10条规定："用人单位应当按时缴纳工伤保险费。职工个人不缴纳工伤保险费。"根据上述法律规定，企业应当为职工及时缴纳工伤保险。未及时缴纳的，劳动保障部门可以通过强制征缴要求企业补交。

保险法律制度上的危险必须符合下列条件：(1) 危险的发生须具有不确定性。(2) 危险的发生须具有偶然性。危险不能是必然发生的事故，而应是人们意料之外的事故。(3) 危险的发生须具有可能性。危险应是可能发生的，不可能发生的危险，不属于保险中的危险。(4) 危险的程度须具有可确定性，即危险的程度应当能够测定。(5) 危险的发生须具有未来性，即危险应当是尚没有发生的。已经发生的危险应排除在外。投保时，如果所投保险事故已发生的，保险人不承担赔偿责任。(6) 危险的发生须具有适法性，即危险发生的原因应当合法。如果危险违背法律或者社会公德，则不属于保险范围。正是基于危险的未来性和不确定性等特点，保险关系一般不具有追认效力。工伤保险中，工伤保险机构补收保险费的行

为并不意味着追认保险对已发生事故的效力，只能视为企业补充履行社会性法定义务，因为这些费用是从劳动关系形成之日起用人单位就应依法缴纳的。

在本案中，被告在工作过程中遭受人身伤害，其依法享有获得工伤保险待遇的权利。原告在被告发生工伤事故前未为被告缴纳工伤保险费，与工伤保险机构未能建立工伤保险关系，尽管工伤保险机构收取了原告补交的保险费，但不能视为对已发生事故的保险追认，故被告应享有的工伤保险待遇依法应由原告予以支付。

33. 上班途中发生负同等责任的交通事故，是否构成工伤?

【案情】

汪越岭是某企业职工。2011 年 3 月某日清晨，汪越岭从家骑自行车上班。因为担心迟到，在通过某十字路口时，汪越岭没有注意观察车辆情况，迅速冲过路口，被快速行驶的车辆撞伤。经送医院抢救，但仍构成 6 级伤残。经公安机关交通管理部门现场勘察后认定：机动车一方与汪越岭均违反了道路交通安全法律、法规关于在十字路口减速慢行、停车瞭望的规定，对交通事故的发生均有过错，行为对事故结果的原因力相同，应当承担同等责任。汪越岭要求所在单位给予工伤认定，遭到所在单位拒绝，向当地劳动部门提出工伤认定申请。劳动部门经审查后认定汪越岭在上班途中发生交通事故，构成工伤。某企业对劳动部门的工伤认定决定不服，向人民法院提起行政诉讼。

【争鸣】

■ 原告某企业诉称，汪越岭在上班途中发生交通事故，导致人身伤残，但其在交通事故中自身也有过错，存在违反道路交通安全法律规范的行为，负同等责任。而且事故发生的地段也不是上班必经路线。因此，对其所受事故伤害不能认定为工伤。

■ 被告劳动部门辩称，根据《工伤保险条例》的规定，职工在上下班途中，受到机动车事故伤害的，应当认定为工伤。汪越岭作为某企业正式职工，在上班途中发生交通事故，受伤致残，符合认

定为工伤的条件。发生事故伤害的地段是否在上下班必经路线上不影响工伤认定。虽然汪越岭在交通事故中也有过错，承担同等责任，但这不能改变其所受伤害为工伤的性质。因其在交通事故中存在违反道路交通安全法律规范的行为，而否认其构成工伤，没有法律依据。



【律师点评】

工伤，即因工负伤。这里的“工”，就其本质而言，是指职工在劳动过程中执行职务的行为，既可能实施于工作地点和工作时间，也可能实施于其他地点或时间；这里的“伤”，是指职工在劳动过程中所受到的急性伤害（身体损伤或死亡）。区分工伤与非工伤，要注意以下几个界限：（一）时间界限。即工伤一般只限于工作时间之内所发生的急性伤害。（二）空间界限。即工伤一般只限于生产、工作区域之内所发生的急性伤害。（三）职务（业务）界限。即工伤一般只限于执行职务（业务）所发生的急性伤害。只要急性伤害是因执行职务（业务）而发生的，即使发生在工作时间和工作区域之外，也应当属于工伤。相反，如果急性伤害虽然发生在工作时间和工作区域之内，却不是由于执行职务（业务）原因发生的，则不应属于工伤。（四）主观过错界限。即除了职工本人故意造成的伤害不应属于工伤以外，发生在职工本人有过失或无过错的主观心理状态下的伤害，只要符合其他工伤条件，都应属于工伤。决不能以职工本人对急性伤害发生有过失，作为将该伤害排斥在工伤保险范围之外的理由。

《社会保险法》第36条规定：“职工因工作原因受到事故伤害或者患职业病，且经工伤认定的，享受工伤保险待遇；其中，经劳动能

力鉴定丧失劳动能力的，享受伤残待遇。”根据我国《工伤保险条例》的规定，应当认定为工伤的包括以下几种情形：（一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；（二）工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；（三）在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；（四）患职业病的；（五）因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；（六）在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；（七）法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。职工有下列情形之一的，视同工伤：（1）在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的；（2）在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；（3）职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。这是法律规定的几种特殊的工伤情形。

《社会保险法》第37条规定：“职工因下列情形之一导致本人在工作中伤亡的，不认定为工伤：（一）故意犯罪；（二）醉酒或者吸毒；（三）自残或者自杀；（四）法律、行政法规规定的其他情形。”《工伤保险条例》第16条规定：“职工符合本条例第十四条、第十五条的规定，但是有下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：（一）故意犯罪的；（二）醉酒或者吸毒的；（三）自残或者自杀的。”根据《工伤保险条例》规定的不构成工伤的情形，除了醉酒、吸毒、故意犯罪、当事人故意造成伤害外，不能因为受伤职工其主观上有过失，就否定其行为的工伤性质。汪越岭虽然在交通事故中有过错，但交通事故伤害不是其故意造成的，虽然其有违反道路交通安全法律规范的故意，但对于交通事故的发生则完全是过失的心态，承担的并非主要责任。因此，汪越岭在上班途中发生交通事故，受伤致残，应当认定为工伤。

34. 清洁工在指定清扫区域以外的地点受伤，能否认定为工伤？

【案情】

向文惠是某环卫公司清洁工。某环卫公司安排其在某路段从事清扫工作，具体工作范围为非机动车道和人行道，不包括机动车道。2011年3月某日，向文惠在从事清扫工作时，发现机动车道上有丢弃的垃圾袋，遂进入机动车道拣拾，被来往车辆撞伤。经交通管理部门认定，向文惠在交通事故中负主要责任。向文惠要求某环卫公司为其申请工伤认定，遭到拒绝，遂向劳动部门提出工伤认定申请。劳动部门认定结论为：由于发生交通事故的地点不属于向文惠的清扫范围，因此，不属于在工作场所受伤，不能给予工伤认定。向文惠不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告向文惠诉称，原告是在工作时间，因工作原因受到伤害，虽然发生交通事故的地点不属于被告指定的清扫范围，但原告是为了工作目的到机动车道上拣拾垃圾，应当认定为在工作场所受到伤害。虽然原告在交通事故中负主要责任，但被告主观是是过失心态，不是蓄意造成交通事故。依据《关于处理工伤争议有关问题的复函》（劳办发［1996］28号）第六条“对职工在工作时间、工作区域因工作原因造成的伤亡，即使职工本人有一定的责任，都应认定为工伤”的规定，交通事故的责任认定不影响工伤认定。

■ 被告劳动部门辩称，原告擅自超过指定的清扫范围，不在工作场所之内，因此发生交通事故，并且承担主要责任，有重大过错，不符合工伤认定条件，故不应认定为工伤。



【律师点评】

《工伤保险条例》第17条规定："职工发生事故伤害或者按照职业病防治法规定被诊断、鉴定为职业病，所在单位应当自事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起30日内，向统筹地区劳动保障行政部门提出工伤认定申请。遇有特殊情况，经报劳动保障行政部门同意，申请时限可以适当延长。用人单位未按前款规定提出工伤认定申请的，工伤职工或者其直系亲属、工会组织在事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起1年内，可以直接向用人单位所在地统筹地区劳动保障行政部门提出工伤认定申请。"第55条规定："有下列情形之一的，有关单位和个人可以依法申请行政复议；对复议决定不服的，可以依法提起行政诉讼：（二）申请工伤认定的职工或者其近亲属、该职工所在单位对工伤认定结论不服的；"在本案中，由于第三人某环卫公司拒绝为原告申请工伤认定，原告自行申请工伤认定，是正确的。其对被告的工伤认定结论不服，向人民法院提起行政诉讼，也符合法定程序。

工伤，即因工负伤。这里的"工"，就其本质而言，是指职工在劳动过程中执行职务的行为，既可能实施于工作地点和工作时间，也可能实施于其他地点或时间；这里的"伤"，是指职工在劳动过程中所受到的急性伤害（身体损伤或死亡）。区分工伤与非工伤，要注意以下几个界限：（一）时间界限。即工伤一般只限于工作时间之内所发生的急性伤害。工作时间应为职工开展工作的时间，既包括用人单

位规定和临时安排的时间，也包括职工自己延长或提前的时间。只要职工是在工作过程中受伤，都应为在工作时间内，除非用人单位有特别的工作规程要求，而职工明知却违反。(二) 空间界限。即工伤一般只限于生产、工作区域之内所发生的急性伤害。工作场所应指用人单位的所有办公区域，并不限于职工从事本职工作的车间或厂房。(三) 职务（业务）界限。即工伤一般只限于执行职务（业务）所发生的急性伤害。只要急性伤害是因执行职务（业务）而发生的，即使发生在工作时间和工作区域之外，也应当属于工伤。相反，如果急性伤害虽然发生在工作时间和工作区域之内，却不是由于执行职务（业务）原因发生的，则不应属于工伤。工作原因应指与用人单位各项工作事务和职工本职工作所衍生事务相关的原因，不能仅仅局限在与职工本职工作相关的范围内。(四) 主观过错界限。即除了职工本人故意造成的伤害不应属于工伤以外，发生在职工本人有过失或无过错的主观心理状态下的伤害，只要符合其他工伤条件，都应属于工伤。决不能以职工本人对急性伤害发生有过失，作为将该伤害排斥在工伤保险范围之外的理由。

根据我国《工伤保险条例》的规定，应当认定为工伤的包括以下几种情形：(一) 在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；(二) 工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；(三) 在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；(四) 患职业病的；(五) 因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；(六) 在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；(七) 法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。职工有下列情形之一的，视同工伤：(1) 在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的；(2) 在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中

受到伤害的；(3) 职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。这是法律规定的几种特殊的工伤情形。《工伤保险条例》第16条规定：“职工符合本条例第十四条、第十五条的规定，但是有下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：(一) 故意犯罪的；(二) 醉酒或者吸毒的；(三) 自残或者自杀的。”根据《工伤保险条例》规定的不构成工伤的情形，除了醉酒、吸毒、故意犯罪和当事人故意造成伤害外，不能因为受伤职工其主观上有过失，就否定其行为的工伤性质。

在本案中，原告发生的伤害属于工作时间、因工作原因受伤，并无异议，关键在于工作场所的认定，即原告超出被告指定的清扫范围拣拾垃圾，发生交通事故，是否属于在工作场所内受伤？在这种情况下，对于工作场所的理解不能过于狭隘，否则不利于劳动者权益的保护。应当结合工作时间、工作原因以及劳动者的主观心理状态等因素，综合考虑工作场所的认定问题。原告虽然是超出指定清扫范围从事清扫工作，但其主观上仍然是为了工作目的，原告不是蓄意超出指定清扫范围，造成交通事故，不属于“自杀”等排除工伤认定的情况。原告在交通事故中负主要责任，但由于不是在上下班途中也不影响其工伤认定。

35. 无照驾车于下班途中发生交通事故，应否认定为工伤？

【案情】

唐鹏是某厂职工。本人无驾驶执照。2011 年 7 月某日晚，唐鹏下班后急于回家，遂借同事的车一用，但在下班途中，发生交通事故。唐鹏受重伤，车辆被撞毁，肇事车辆逃逸。交通管理部门作出的交通事故认定为：事故原因是对方车辆违反交通规则，为超车驶入反向机动车道，且肇事车辆逃逸。唐鹏在交通事故中无责任。对于其无照驾车的行为，交通管理部门未做处理。唐鹏向劳动部门申请工伤认定，但劳动部门作出的结论为：无照驾车属于违反治安管理行为，依据《工伤保险条例》规定，唐鹏所受伤害不属于工伤。唐鹏不服，向人民法院提起行政诉讼。

【争鸣】

■ 原告唐鹏诉称，原告在上下班途中发生交通事故受伤，依据《工伤保险条例》的规定，属于工伤。原告虽然存在无照驾车的行为，但公安交通管理部门并未对该行为作出认定和处罚，并且，原告的无照驾车行为与交通事故的发生之间没有因果关系。被告认定原告不属于工伤，依据不足，请求人民法院予以撤销。

■ 被告劳动部门辩称，依据《道路交通安全法》的规定，无照驾车的行为属于违反治安管理的行为。并且，原告的无照驾车行为与交通事故之间存在因果关系，如果原告在没有驾驶执照的情况下不驾车上路，交通事故就不可能发生。因此，按照《工伤保险条例》的

规定，原告不能认定为工伤。



【律师点评】

根据我国《工伤保险条例》第14、15条的规定，应当认定为工伤的包括以下几种情形：（一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；（二）工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；（三）在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；（四）患职业病的；（五）因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；（六）在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；（七）法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。职工有下列情形之一的，视同工伤：(1) 在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的；(2) 在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；(3) 职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。这是法律规定的几种特殊的工伤情形。原告在上下班途中发生交通事故，受到人身伤害，符合工伤认定条件。本案的关键是原告的无照驾车行为是否影响其工伤认定。

《工伤保险条例》第16条规定："职工符合本条例第十四条、第十五条的规定，但是有下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：（一）故意犯罪的；（二）醉酒或者吸毒的；（三）自残或者自杀的。"根据《道路交通安全法》第99条的规定，"未取得机动车驾驶证、机动车驾驶证被吊销或者机动车驾驶证被暂扣期间驾驶机动车的"，由公安机关交通管理部门处二百元以上二千元以下罚款，可以

并处十五日以下拘留。因此，无照驾车的行为应当属于违反治安管理行为。《工伤保险条例》第16条规定的不能认定为工伤的情形不包括违反治安管理行为。

在本案中，虽然原告存在无照驾车的违反治安管理行为，但公安机关交通管理部门作出的交通事故认定为：事故原因是对方车辆违反交通规则，为超车驶入反向机动车道，且肇事车辆逃逸。唐鹏在交通事故中无责任。对于其无照驾车的行为，交通管理部门未做处理。原告的无照驾车行为与交通事故以及原告所受伤害之间也没有直接的、必然的因果关系。因此，原告应当认定为工伤。

36. 违反用人单位规章制度受到伤害的，能否认定为工伤？

【案情】

程炜是某企业职工。2011 年 5 月，程炜在上班期间，沿拌料池边缘到水阀开关处打开水阀时，掉进 2 米左右的拌料池摔伤。事故发生后，厂区管片民警对程炜所在车间主任进行了询问，制作了询问笔录。车间主任陈述：拌料池水阀由程炜负责开关。程炜向劳动部门提出工伤认定申请。劳动部门书面通知某企业举证，某企业提出了答辩状，主张程炜非因从事本职工作受伤，且擅自上拌料池，违反用人单位规章制度，不应认定为工伤，但未提交其他证据。劳动部门依据管片民警制作的询问笔录，认定程炜在工作时间、工作场所，因工作原因受到伤害，属于工伤。某企业不服，向当地人民政府申请行政复议，复议决定维持劳动部门的工伤认定结论。某企业向人民法院提起行政诉讼。在诉讼中，某企业提交了该厂若干名职工的证人证言，证实程炜发生事故时属于酒后上班；程炜所在车间主任出庭作证，改称：拌料池水阀开关由班组长负责，不是程炜的本职工作。

【争鸣】

■原告某企业诉称，首先，第三人程炜负责拌料池放料工作，水阀开关不是其本职工作。车间负责人也未指派第三人开关水阀，因此，第三人掉进放料池受伤非因工作原因，不能认定为工伤。被告认定开关水阀是第三人本职工作的依据是管片民警对第三人所在车间主任的询问笔录。该笔录没有调查民警的签名，存在瑕疵，属于无效证

据。现第三人所在车间主任出庭作证，证实拌料池水阀开关由班组长负责，不是第三人的本职工作，应当予以采信。其次，原告制定有严格的规章制度，为了避免发生危险，严禁任何人上拌料池。并且，开关水阀有专门通道，第三人明知故犯，对于损害的发生现在严重过错。第三，原告职工的证人证言可以证实：第三人发生事故伤害时属于醉酒上班，依法不应当认定为工伤。

■ 被告劳动部门辩称，首先，管片民警对第三人所在车间主任的询问笔录是真实可靠的，应当予以采信。该证据虽然存在程序瑕疵，但不影响证据本身的证明力，应当予以采信。第三人所在车间主任先是在接受民警询问时证实：拌料池水阀由第三人负责开关。后又在出庭作证时提出：拌料池水阀开关由班组长负责，不是第三人的本职工作。前后矛盾，其庭审证言显然是受原告影响作伪证。相比之下，在事故发生第一现场形成的询问笔录更加真实可信。其次，第三人未走专门通道开关水阀，只能是一般的违纪行为，不属于蓄意违章，更不能说是第三人企图自伤、自残等。原告也没有提供关于被告蓄意违章，企图自杀、自残的证据。同时，也说明原告的规章制度执行不力，管理不善等问题。一般的违纪行为并不影响工伤认定。第三，原告提交的关于第三人醉酒上班的证人证言，由于证人系原告职工，与原告存在管理与被管理的利害关系，缺乏证明力。并且被告书面通知原告举证后，直到被告作出工伤认定之前，原告并未提出第三人发生事故伤害时属于醉酒上班的问题。依据《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第59条“被告在行政程序中依照法定程序要求原告提供证据，原告依法应当提供而拒不提供，在诉讼程序中提供的证据，人民法院一般不予采纳”的规定，被告在行政程序中要求原告提供证据，原告未提出第三人系醉酒上班，在诉讼程序中又提出醉酒的事由，对该证据不应采信。综上所述，第三人作为原告职工，在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害，符合《工伤保险

条例》的规定，应当认定为工伤。



【律师点评】

在本案中，原告与被告围绕三个关键问题提出了针锋相对的主张，我们来逐一分析：

(1) 应该第三人不走开关水阀专门通道，违反原告规章制度的问题。原告制定有严格的规章制度，为了避免发生危险，严禁任何人上拌料池。并且，开关水阀有专门通道，第三人为了开关水阀擅自上拌料池，确实存在违章行为。但这里要区分一般的违章行为和蓄意违章。一般的违章行为多数出于过失，即便造成了劳动者伤残、死亡，也应当认定为工伤。关于蓄意违章，已经废止的《企业职工工伤保险试行办法》第9条第5项曾规定："职工由于下列情形之一造成负伤、致残、死亡的，不应认定为工伤：……（五）蓄意违章；"劳动和社会保障部《关于解释〈企业职工工伤保险试行办法〉中"蓄意违章"的复函》指出：关于《企业职工工伤保险试行办法》中第9条第（五）项规定的"蓄意违章"，是专指十分恶劣的、有主观愿望和目的的行为。在处理认定工伤的工作中，不能将一般的违章行为，视为"蓄意违章"。《工伤保险条例》第16条则规定："职工符合本条例第十四条、第十五条的规定，但是有下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：（一）故意犯罪的；（二）醉酒或者吸毒的；（三）自残或者自杀的。"如果是单纯的蓄意违章，不应当就不能构成工伤。只有与因犯罪或者违反治安管理伤亡的；醉酒导致伤亡的；自残或者自杀的等不得认定为工伤的情形发生重合，才能排除工伤认定。在本案中，原告没有提供第三人属于蓄意违章，并企图自杀、自残等的证据，第三人的违章行为属于一般的违章行为，不影响工伤

认定。

(2) 关于开关水阀是否属于第三人本职工作的问题。在本案中，被告依据管片民警对第三人所在车间主任的询问笔录，认定开关水阀属于第三人本职工作，在其履行本职义务的过程中受伤，属于工伤。但第三人车间主任后又出庭作证，证实：拌料池水阀开关由班组长负责，不是第三人的本职工作。其证言前后矛盾，该如何认定呢？管片民警的询问笔录是在事故发生的第一现场形成的证据，早于证人的庭审证言，并且该证据形成时，证人受原告影响的可能性较小，更加真实可信。对该证据应当予以采信。证人的庭审证言明显存在受原告影响作伪证的痕迹。但管片民警询问笔录存在一个程序上的瑕疵，即没有调查民警的签名。对此，不能简单地认为该程序瑕疵影响证据的真实性和证明力。因为，虽然调查民警未在询问笔录上签名，但证人已经阅读了笔录并签名，说明其认可笔录内容，询问笔录的真实性是有保障的。所以，不能以该证据存在的执法程序瑕疵来否认其效力。

需要特别提出的是，即便开关水阀不是第三人的本职工作，也不能就此当然地认定第三人不属于工伤。《工伤保险条例》第14条规定："职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：(一) 在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的……" 这里的"工作场所"与本职工作并不是同一含义。工作场所可以是在本职工作岗位上，也可以超出本职工作岗位的范围。劳动者离开自己的本职工作岗位，帮助同事做一些力所能及的事情，其主观上是为了单位的利益，客观上也确实给单位带来利益，因此发生伤害的，也应当属于工伤。例如，开关水阀虽然不是第三人的本职工作，但第三人是为了帮同事的忙而做自己职务范围以外的事情，对其受到的伤害就应当认定为工伤。当然，如果原告有充分的证据证明其曾明确制止第三人离开本职工作岗位，第三人拒不服从，从而造成伤害，不

属于工伤。

(3) 关于第三人是否属于醉酒上班的问题。根据《工伤保险条例》的规定，醉酒导致伤亡的，不得认定或视同工伤。首先，劳动者的一般饮酒问题，如不影响正常工作，发生伤亡事故的，不能适用上述规定。因为一般饮酒与醉酒有明显的程度差别。其次，原告主张第三人属于醉酒上班，应当承担举证责任。这也符合《工伤保险条例》第19条第2款关于“职工或者其直系亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任”的立法精神。原告提交了若干名职工的证人证言，但该证据的证明力存在两个方面的问题：

首先，由于证人系原告职工，与原告存在管理与被管理的利害关系，《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第71条规定：“下列证据不能单独作为定案依据：……（二）与一方当事人有亲属关系或者其他密切关系的证人所作的对该当事人有利的证言，或者与一方当事人有不利关系的证人所作的对该当事人不利的证言；”因此，其效力大打折扣。在没有证据佐证的情况下，不能独立证明原告主张的事实。

其次，在被告作出工伤认定之前，曾书面通知原告举证，原告并未提出第三人发生事故伤害时属于醉酒上班的问题，也没有提交上述证据。《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第59条规定：“被告在行政程序中依照法定程序要求原告提供证据，原告依法应当提供而拒不提供，在诉讼程序中提供的证据，人民法院一般不予采纳。”《工伤保险条例》第19条第1款规定：“社会保险行政部门受理工伤认定申请后，根据审核需要可以对事故伤害进行调查核实，用人单位、职工、工会组织、医疗机构以及有关部门应当予以协助。”在被告依据法律授权要求原告提供证据的情况下，原告未提交上述证据，后又在行政诉讼中提交，不应当采信。

综上所述，原告不能证明第三人属于醉酒上班，不能认定为工伤。第三人的一般违纪行为不影响工伤认定。第三人在工作时间、工作场所，因工作原因受到伤害，按照《工伤保险条例》的规定，应当认定为工伤。被告的工伤认定结论应当予以维持，驳回原告的诉讼请求。



37. 职工因工伤残的，劳动合同期满后能否终止?

【案情】

李晖于2009年到某厂工作，双方签订了劳动合同。合同期限两年，自2009年8月至2011年8月。2011年6月，李晖因工受伤，经劳动能力鉴定委员会鉴定为6级伤残。劳动合同期满后，李晖要求保留与某厂的劳动关系，并要求某厂支付工伤待遇。某厂予以拒绝。双方为此发生争议，李晖向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决：某厂应当保留与李晖的劳动关系，并为其安排适当工作；不能安排工作的，发给伤残津贴。某厂对仲裁裁决不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告某厂诉称，原告与被告签订的劳动合同期满，劳动关系终止。被告因工伤残后，已经不能适应原告工作岗位的需要。原告同意支付一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金，但不同意保留劳动关系。

■被告李晖辩称，被告因工受伤，被鉴定为6级伤残。按照劳动法律、法规的规定，应当保留劳动关系，由原告发给伤残津贴。劳动争议仲裁裁决正确，请求人民法院予以维持。



【律师点评】

根据《工伤保险条例》的规定，劳动者因工伤残的，因伤残级

别的不同，给予不同的工伤待遇。职工因工致残被鉴定为一级至四级伤残的，保留劳动关系，退出工作岗位，享受以下待遇：（一）从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：一级伤残为27个月的本人工资。二级伤残为25个月的本人工资，三级伤残为23个月的本人工资，四级伤残为21个月的本人工资。（二）从工伤保险基金按月支付伤残津贴，标准为：一级伤残为本人工资的90%，二级伤残为本人工资的85%，三级伤残为本人工资的80%，四级伤残为本人工资的75%。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的，由工伤保险基金补足差额。（三）工伤职工达到退休年龄并办理退休手续后，停发伤残津贴，按照国家有关规定享受基本养老保险待遇。基本养老保险待遇低于伤残津贴的，由工伤保险基金补足差额。职工因工致残被鉴定为一级至四级伤残的，由用人单位和职工个人以伤残津贴为基数，缴纳基本医疗保险费。

职工因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，享受以下待遇：（一）从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：五级伤残为18个月的本人工资，六级伤残为16个月的本人工资。（二）保留与用人单位的劳动关系，由用人单位安排适当工作。难以安排工作的，由用人单位按月发给伤残津贴，标准为：五级伤残为本人工资的70%，六级伤残为本人工资的60%，并由用人单位按照规定为其缴纳应缴纳的各项社会保险费。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的，由用人单位补足差额。经工伤职工本人提出，该职工可以与用人单位解除或者终止劳动关系，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。

职工因工致残被鉴定为七级至十级伤残的，享受以下待遇：（一）从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：七级伤残为13个月的本人工资，八级伤残为11个月的本人工资，九级伤残为9个月的本人工资，十级伤残为7个月的本人工资。

（二）劳动、聘用合同期满终止，或者职工本人提出解除劳动、聘用合同的，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。

在本案中，被告因工受伤后被鉴定为6级伤残。按照《工伤保险条例》的规定，除了由工伤保险基金支付相当于16个月本人工资的一次性伤残补助金外，还应当由用人单位安排适当工作，难以安排工作的，也要保留劳动关系，按月发给相当于本人工资60%的伤残津贴。只有职工本人提出解除或者终止劳动关系的，用人单位才可以解除或者终止与该职工的劳动关系，由工伤保险基金和用人单位支付一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金。如果职工本人要求保留劳动关系的，用人单位既不能解除劳动合同，也不能因劳动合同期满而终止劳动关系。所以，原告因劳动合同期满和不能为被告安排适当工作，而主张终止劳动关系，没有法律依据。

38. 非法用工发生工伤的，如何处理？

【案情】

2009年，马玲开办了一家服装家工厂，但未办理工商登记和取得营业执照，非法经营。该厂雇佣了缝纫女工数十名，从事服装加工。2010年6月，赵博惠进入该厂工作。2011年2月，赵博惠在加工服装过程中造成左手伤残。双方因赔偿发生发生争议，赵博惠到当地劳动部门要求处理，劳动部门口头答复，因服装厂无营业执照，应按雇佣关系由人民法院受理。2011年8月，赵博惠向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告赵博惠诉称，被告以营利为目的生产经营，因其未办理营业执照，不符合劳动法规定企业用工的主体资格，原告与被告不能形成劳动关系，双方只能形成雇佣关系，属于人民法院受理范围。依据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》关于雇佣关系的规定，要求被告按雇佣关系给付医疗费、误工费、护理费计30000元，并申请人民法院委托鉴定机构给予伤残等级评定，待鉴定结果确定后再追加伤残补助费、赔偿金。

■被告马玲辩称，原、被告之间属于劳动关系，应当由劳动部门先行处理。因此，请求人民法院驳回原告起诉。



【律师点评】

《工伤保险条例》第2条规定："中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户（以下称用人单位）应当依照本条例规定参加工伤保险，为本单位全部职工或者雇工（以下称职工）缴纳工伤保险费。中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织的职工和个体工商户的雇工，均有依照本条例的规定享受工伤保险待遇的权利。"第66条规定："无营业执照或者未经依法登记、备案的单位以及被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位的职工受到事故伤害或者患职业病的，由该单位向伤残职工或者死亡职工的直系亲属给予一次性赔偿，赔偿标准不得低于本条例规定的工伤保险待遇。"

根据上述法律规定，工伤保险的适用范围不仅包括企业，也包括有雇工的个体工商户；不仅包括合法用工单位，也包括非法用工单位；享受工伤保险待遇的主体涵盖了各类企业的职工和个体工商户的雇工以及非法用工企业、形成事实劳动关系的职工。最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第12条规定："依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者，因工伤事故遭受人身损害，劳动者或者其近亲属向人民法院起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的，告知其按《工伤保险条例》的规定处理。"

被告经营的服装厂从生产规模、从业人员数量、经营时间等方面考查，符合一般企业特征，其在未办理工商登记和取得营业执照的情况下从事经营，属于非法经营，其以营利为目的，长期用工，且具有一定规模，是非法用工单位。原告在该厂从事服装加工，按月领取工

资报酬，与被告已经形成了事实上的劳动关系。因此，本案应当依据《工伤保险条例》和《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》的规定进行处理。在法律程序上，应当先由劳动部门先行处理，进行伤残鉴定。因赔偿问题发生争议的，应当先申请劳动仲裁，对仲裁结果不服的，再向人民法院提起诉讼。原告与被告形成事实上的劳动关系，属《工伤保险条例》中职工的范围，应享受工伤保险待遇。被告的服装厂应该依法登记并为职工缴纳工伤保险各项费用。因被告未依法参保，应按《工伤保险条例》和《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》的规定，由被告给予原告一次性赔偿。

39. 非法使用童工发生工伤事故，如何确定赔偿责任？

【案情】

2011年5月，14岁的马晓轩到某企业打工。某企业未与其签订劳动合同。2011年9月，马晓轩在工作中因机床发生故障，因工受伤。某企业将其送至医院治疗，并支付了医疗费用。马晓轩经劳动能力鉴定委员会鉴定为十级伤残。此后，双方因赔偿问题发生争议，马晓轩向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告马晓轩诉称，原告在为被告工作期间，因机器出现故障，导致伤残，被告作为雇主，应当承担民事赔偿责任。本次事故的原因是厂方机器出现故障而非员工操作失误，原告到被告处打工时虽然尚属限制行为能力人，但其既没有造成他人损害，对损害的发生也没有过错，所以不应减轻被告的民事赔偿责任。

■ 被告某企业辩称，原告到被告处打工时尚属限制行为能力人，对损害的发生其法定代理人也有一定过错，因此应当减轻被告的民事赔偿责任。



【律师点评】

首先，从法律程序上看，本案不能直接向人民法院提起诉讼，应当首先申请劳动争议仲裁，对仲裁结果不服的，再向人民法院起诉。

《工伤保险条例》第2条规定："中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户（以下称用人单位）应当依照本条例规定参加工伤保险，为本单位全部职工或者雇工（以下称职工）缴纳工伤保险费。中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织的职工和个体工商户的雇工，均有依照本条例的规定享受工伤保险待遇的权利。"

在本案中，原告与被告虽然没有签订劳动合同，且存在非法使用童工的情况，但不能借此否认与原告与被告之间事实上的劳动关系。原告在工作时间、工作场所，因工作原因受到伤害的，属于工伤。最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第12条规定："依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者，因工伤事故遭受人身损害，劳动者或者其近亲属向人民法院起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的，告知其按《工伤保险条例》的规定处理。"原告与被告之间的争议属于劳动法调整的范畴，应当遵循仲裁前置的法律规定，不得直接向法院提起诉讼。法院应当告知原告先向劳动保障等相关部门申请工伤认定、劳动能力鉴定和劳动争议仲裁。

其次，从实体责任的分配上看，不能因原告是限制民事行为能力人而减轻被告的责任。被告某企业辩称，原告到被告处打工时尚属限制行为能力人，对损害的发生其法定代理人也有一定过错，因此应当减轻被告的民事赔偿责任。对此，应当看到，被告承担的不是民事赔偿责任，而是依据《劳动法》与工伤保险有关法规承担的法律责任。我国《劳动法》第54条规定："用人单位必须为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生条件和必要的劳动防护用品，对从事有职业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查。"《企业职工工伤保险试行办法》和《工伤保险条例》均规定：工伤保险责任由职工的劳动关

系所在企业负责。

由此可见，在劳动关系中，用人单位作为劳动力使用者和劳动条件提供者，单方负有保护劳动者在劳动过程中安全和健康的法定义务，这既是对劳动者的义务也是对国家的义务。发生工伤事故，就意味着用人单位违反这一法定义务。因而，用人单位单方对受伤者负有赔偿责任。这是一种直接基于法律规定而非合同约定所产生的赔偿责任，并且是一种不论受伤害者有无过失的赔偿责任。所以，受伤害者的经济损失应由用人单位全部负责，这既不能在合同中约定减免，也不能以受伤害者有过失而推卸。

再次，从具体的赔偿方式上看，被告应当依据《工伤保险条例》和《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》的规定承担赔偿责任。国家明令禁止使用童工。童工伤残或者死亡的，用人单位由工商行政管理部门吊销营业执照或者由民政部门撤销民办非企业单位登记。其他非法用工行为，依法亦受相应的行政处罚。《工伤保险条例》第66条规定："用人单位不得使用童工，用人单位使用童工造成童工伤残、死亡的，由该单位向童工或者童工的直系亲属给予一次性赔偿，赔偿标准不得低于本条例规定的工伤保险待遇"（第1款）；"前款规定的伤残职工或者死亡职工的直系亲属就赔偿数额与单位发生争议的，以及前款规定的童工或者童工的直系亲属就赔偿数额与单位发生争议的，按照处理劳动争议的有关规定处理"（第2款）。

根据《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》的规定，一次性赔偿包括受到事故伤害或患职业病的职工或童工在治疗期间的费用和一次性赔偿金，一次性赔偿金数额应当在受到事故伤害或患职业病的职工或童工死亡或者经劳动能力鉴定后确定。职工或童工受到事故伤害或者患职业病，在劳动能力鉴定之前进行治疗期间的生活费按照统筹地区上年度职工月平均工资标准确定，医疗费、护理费、住院期间的伙食补助费以及所需的交通费等费用按照《工伤保险条例》规

定的标准和范围确定，并全部由伤残职工或童工所在单位支付。一次性赔偿金按以下标准支付：一级伤残的为赔偿基数的 16 倍，二级伤残的为赔偿基数的 14 倍，三级伤残的为赔偿基数的 12 倍，四级伤残的为赔偿基数的 10 倍，五级伤残的为赔偿基数的 8 倍，六级伤残的为赔偿基数的 6 倍，七级伤残的为赔偿基数的 4 倍，八级伤残的为赔偿基数的 3 倍，九级伤残的为赔偿基数的 2 倍，十级伤残的为赔偿基数的 1 倍。赔偿基数是指单位所在地工伤保险统筹地区上年度职工年平均工资。受到事故伤害或者患职业病造成死亡的，按照上一年度全国城镇居民人均可支配收入的 20 倍支付一次性赔偿金，并按照上一年度全国城镇居民人均可支配收入的 10 倍一次性支付丧葬补助等其他赔偿金。

根据上述法律规定，本案被告承担赔偿责任的范围包括：在劳动能力鉴定之前进行治疗期间的生活费、医疗费、护理费、住院期间的伙食补助费及所需的交通费等费用，按照工伤保险规定的标准和范围，由被告承担；原告经劳动能力鉴定委员会鉴定为十级伤残，被告应当支付相当于其所在地工伤保险统筹地区上年度职工年平均工资 1 倍的一次性赔偿金。

40. 以个人名义承揽业务组织劳动，是否属于非法用工？

【案情】

自2009年起，陈鸿即以个人名义承揽零散的家庭装修业务，且未在工商部门办理登记和取得营业执照。为施工需要，陈鸿吸收王勇等人组成装修队伍。王勇自2009年底跟随陈鸿搞装修，一直在其手下干活。2011年11月，王勇在施工中受伤，住院治疗，并经劳动能力鉴定委员会鉴定为八级伤残。劳动部门作出了工伤认定。双方因赔偿问题发生争议，王勇向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。劳动争议仲裁委员会裁决：王勇属于工伤，且陈鸿存在非法用工行为，应当给予王勇一次性赔偿金50000元，并承担王勇住院治疗期间的生活费、医疗费、护理费、住院期间的伙食补助费及所需的交通费等费用。陈鸿对裁决不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告陈鸿诉称，原、被告之间不存在劳动关系，被告所受伤害不属于工伤，原告也不存在非法用工的问题。劳动争议仲裁委员会的裁决认定事实和适用法律错误，请求人民法院予以撤销。被告所受人身损害，其自身也有过错，应当减轻原告的责任。

■被告王勇辩称，被告在原告管理下从事家庭装修，与原告形成事实劳动关系。被告在工作时间、工作场所，因工作原因受到伤害，属于工伤。劳动争议仲裁委员会的裁决正确，请求人民法院予以

维持。



【律师点评】

《工伤保险条例》第66条第1款规定："无营业执照或者未经依法登记、备案的单位以及被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位的职工受到事故伤害或者患职业病的，由该单位向伤残职工或者死亡职工的直系亲属给予一次性赔偿，赔偿标准不得低于本条例规定的工伤保险待遇；用人单位不得使用童工，用人单位使用童工造成童工伤残、死亡的，由该单位向童工或者童工的直系亲属给予一次性赔偿，赔偿标准不得低于本条例规定的工伤保险待遇。具体办法由国务院劳动保障行政部门规定。"《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》第2条规定："本办法所称非法用工单位伤亡人员，是指在无营业执照或者未经依法登记、备案的单位以及被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位受到事故伤害或者患职业病的职工，或者用人单位使用童工造成的伤残、死亡童工"（第1款）；"前款所列单位必须按照本办法的规定向伤残职工或死亡职工的近亲属、伤残童工或者死亡童工的近亲属给予一次性赔偿"（第2款）。

根据上述法律规定，非法用工的主体是无营业执照或者未经依法登记、备案的单位以及被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位或者非法使用童工的用人单位。而且，用人单位与劳动者之间形成的是劳动关系，而非一般的雇佣关系。在一般的雇佣关系下，只有使用童工才构成非法用工，其他情形的用工不存在非法用工问题。原告从事家庭装修业务，但未办理营业执照，那么，其是否构成非法用工，就取决于原告与被告之间是劳动关系还是雇佣关系。雇佣关系应当是雇工按照雇主的要求从事某项劳动，雇主按约支付劳务费的法律

关系。其表现形式一般为用工使用期限比较短，约定完成某项工作任务，及时结清劳务费用，所从事的劳动一般为生活领域的事务，也包括部分以营利为目的的生产经营性事务。劳动关系是指用人单位与劳动者之间依照劳动法规定，签订劳动合同，使劳动者成为用人单位成员，接受用人单位管理，从事用人单位指定的工作，并获取劳动报酬和劳动保护所产生的法律关系。

在本案中，原告以营利为目的，长期使用工人从事经营活动，并对工人进行管理，符合事实劳动关系的特征，应认定双方建立了劳动关系。虽然其以个人身份承揽业务，但原告长期用工，且具有一定规模，属于非法用工。被告因工负伤，属于工伤，应当由原告承担一次性赔偿责任，并负担住院治疗期间的生活费、医疗费、护理费、住院期间的伙食补助费及所需的交通费等费用。

41. 建筑单位将工程转包给无资质的个人，与其聘请的雇工是否形成劳动关系？

【案情】

2011年3月，某建筑公司将其承建的某机关办公楼工程承包给该公司项目经理陈祎。陈祎又将该工程的水电施工部分承包给无建筑施工资质的黄子乘。双方签订的承包合同中约定：该工程水电安装由黄子乘组织施工，黄子乘对工程质量和其聘请的工人的安全承担责任。黄子乘聘请袁新平等人参加施工。2011年11月，袁新平在施工过程中因工负伤。事故发生后，黄子乘支付了部分医疗费用。袁新平向当地劳动保障部门申请工伤认定，劳动保障部门认为其与某建筑公司形成事实劳动关系，在工作时间和工作场所，因工作原因受伤，属于工伤。某建筑公司对工伤认定结论不服，向当地人民政府申请行政复议，复议结论为维持劳动保障部门的工伤认定结论。某建筑公司向人民法院提起行政诉讼。

【争鸣】

■ 原告某建筑公司诉称，工伤认定的对象是企业职工，职工是与企业有劳动关系的劳动者，第三人袁新平并不是原告单位的职工，而是承揽建筑工程水电安装部分的黄子乘聘请的工人。根据双方签订的承包合同，黄子乘对工程质量和其聘请的工人的安全承担责任，双方是承揽关系，而非劳动关系。袁新平在施工过程中负伤，应当由黄子乘承担责任。被告的工伤认定结论缺乏事实和法律依据，故请求法

院撤销工伤认定。

■被告劳动保障部门辩称，第三人袁新平与原告虽然没有签订书面的劳动合同，但已构成事实上的劳动关系。第三人在工作时间、工作场所内，因工作原因受伤，属于工伤。被告作出的工伤认定事实清楚，程序合法，适用法律正确，请求法院予以维持。



【律师点评】

《建筑法》第12条规定："从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位，应当具备下列条件：（一）有符合国家规定的注册资本；（二）有与其从事的建筑活动相适应的具有法定执业资格的专业技术人员；（三）有从事相关建筑活动所应有的技术装备；（四）法律、行政法规规定的其他条件。"第13条规定："从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位，按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件，划分为不同的资质等级，经资质审查合格，取得相应等级的资质证书后，方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。"第48条规定："建筑施工企业应当依法为职工参加工伤保险缴纳工伤保险费。鼓励企业为从事危险作业的职工办理意外伤害保险，支付保险费。"根据上述法律规定，从事建筑活动的建筑施工企业，只有在取得相应等级的资质证书后，方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。在本案中，原告将其承建的建筑工程承包给该公司职工陈祎，陈祎又将工程水电安装部分转包给黄子乘，由黄子乘聘请工人，组织施工。两人均不具备承包建设工程的资质和条件。《合同法》第52条规定："有下列情形之一的，合同无效：……（五）违反法律、行政法规的强制性规定。"原告与陈祎、陈祎与黄子乘之

间的承包协议均属于无效合同。

从表面上看，第三人是工程水电施工承包人黄子乘聘请的工人，与原告之间没有直接的劳动关系。但原告与陈祎、陈祎与黄子乘之间的双层转包关系都因违法而归于无效。陈祎作为原告职工和项目经理，承包该建筑工程，实际上属于该企业的内部劳动分工，与原告之间是内部管理关系，不属于对外承包。其与黄子乘签订承包协议，由黄子乘招聘工人并进行水电施工，是代表原告的职务行为。由于黄子乘没有建筑施工资质，对外应是以原告的名义，实际上属于由陈祎代表原告聘请黄子乘招聘工人、组织施工。黄子乘与原告首先形成了事实劳动关系。黄子乘再代表原告聘请第三人参加施工，其聘请的工人是原告聘用的人员，合法的用工主体应认定是原告，第三人与原告之间形成事实上的劳动关系。其劳动报酬由原告通过陈祎、黄子乘支付。

第三人在施工过程中因工负伤，构成工伤，被告的工伤认定结论是正确的。由于原告未与第三人签订劳动合同，也未给其办理工伤保险，根据《工伤保险条例》第 62 条的规定，“用人单位依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加的，由社会保险行政部门责令限期参加，补缴应当缴纳的工伤保险费，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，处欠缴数额 1 倍以上 3 倍以下的罚款。依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。用人单位参加工伤保险并补缴应当缴纳的工伤保险费、滞纳金后，由工伤保险基金和用人单位依照本条例的规定支付新发生的费用”。原告应当承担第三人的工伤保险待遇。陈祎、黄子乘签订的承包协议约定：黄子乘对工程质量和其聘请的工人的安全承担责任。实际上是将应由原告承担的风险转嫁给责任能力有限的自然人，违反劳动法规，侵犯了劳动者的合法权益，属于无效协议。

42. 自备交通工具从事季节性运输的，是否属于劳动关系？

【案情】

某公司的生产活动季节性很强，每逢生产旺季（每年的4～6月），运输任务繁重，公司都要临时雇佣一批司机。自2005年起，周海燕在生产旺季驾驶其本人的客货两用车为某公司跑运输。某公司每月向其支付3000元劳动报酬，费、过路费、违章罚款等费用均由某公司支付。期间，周海燕的生活起居均在公司内，由公司提供食宿，以便公司随传随到。但在没有运输任务时，周海燕可以自行支配时间，为他人跑运输，但要保证完成公司的运输任务。公司的一些规章制度，如考勤、学习、参加会议等，周海燕可以不遵守。2007年6月，周海燕在为某公司跑运输时发生交通事故，本人受伤住院。周海燕认为自己属于工伤，要求某公司支付医疗费用并发放其治疗期间的工资，遭到某公司拒绝，遂向劳动部门申请工伤认定。劳动部门认为：周海燕自备运输工具，为某公司提供运输服务，具有临时性、短期性的特点，且双方不存在管理与被管理的社会关系。因此，双方不属于劳动关系，不能认定为工伤。行政复议维持劳动部门的结论。周海燕向人民法院提起行政诉讼。

【争鸣】

■ 原告周海燕诉称，原告虽然自备运输工具为第三人某公司跑运输，但在每年4～6月的生产旺季，原告的生活起居都在第三人处，由第三人按月发放工资和提供食宿，两者之间形成了管理与被管理的

关系。并且，运输过程中的油费、过路费甚至违章罚款费都由某公司承担。如果只是普通的劳务关系，即两者之间为一般的运输服务合同关系，第三人承担上述费用显然不合理。两者的劳动关系虽然时间较短，但并不违反法律规定，因为第三人生产的季节性强，原告也不可能长期为其提供劳动。因此，被告认定原告与第三人不存在劳动关系，不能认定为工伤，是错误的。请求人民法院撤销被告的工伤认定结论。

■被告劳动部门辩称，虽然在提供运输劳务期间，原告的生活起居都在第三人处并由第三人提供食宿，但原告在完成运输任务后可以自由支配其时间，包括为他人跑运输。并且，原告不受第三人规章制度约束，说明两者之间不存在管理与被管理关系。第三人按月支付给原告 3000 元劳动报酬，是根据运输服务合同支付的劳务报酬，不是工资。不能据此认为两者之间形成了劳动关系。第三人的生产具有很强的季节性，即每年的 4～6 月，这也是第三人的用车时间。原告提供的运输服务具有具有短期性、临时性的特点，这符合劳务关系的特点，而劳动关系一般比较稳定，时间较长，试用期都会有 3 个月。原告自备交通工具为第三人提供运输服务，也不符合劳动关系的特点。在劳动关系里，生产工具是由用人单位提供的；而在劳务关系里，生产工具则是由劳动者自已提供的。原告自备交通工具为第三人提供运输服务，也说明两着是普通的劳务关系，而不是劳动关系。原告不具备工伤认定的前提条件。



【律师点评】

所谓劳动关系，是指用人单位与劳动者之间依照劳动法规定，签订劳动合同，使劳动者成为用人单位成员，接受用人单位管理，从事

用人单位指定的工作，并获取劳动报酬和劳动保护所产生的法律关系。劳务关系是指，劳动者为被服务方提供特定的劳动服务，被服务方依照约定支付报酬所产生的法律关系。两者的区别在于：一是劳动关系除了当事人之间债的要素之外，还含有身份的、社会的要素，而劳务关系则是一种单纯的债的关系；二是劳动关系的当事人之间的关系一般较为稳定，而劳务关系当事人之间的关系则往往具有“临时性、短期性、一次性”等特点；三是劳动关系中，当事人之间存在管理与被管理、支配与被支配的社会关系，劳务关系的当事人之间则不存在上述关系，而是平等主体之间的合同关系。

从表面上看，原告与第三人似乎形成劳务关系，因为：第一，第三人对原告上下班的时间没有明确规定，用车以外的时间自由支配度较大，在完成运输任务前提下可以为他人跑运输，而且，原告不需要遵守第三人的内部规章制度等。这与一般劳动关系中用人单位与劳动者之间严格的管理与被管理关系有一定程度的差异。第二，原告自备车辆为第三人提供运输。一般劳动关系中，生产工具是用人单位提供的，而劳务关系里，生产工具通常是服务方自己提供的。第三，原告只在每年4~6月的生产旺季阶段到第三人处工作，似乎符合劳务关系“临时性、短期性”的特点。但这只是表面现象，从本质上看，原告与第三人之间仍然是一种劳动关系。

首先，第三人的生产活动季节性强，集中在每年的4~6月之间，使得劳动者不可能为其长期提供劳动。但我国劳动法律、法规对于劳动合同的期限并未规定下限。如《劳动合同法》规定：“以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期。”（第19条第3款）实际上认可了劳动合同以一定的工作任务为期限或者固定期限在3个月以内的劳动合同。原告与第三人虽然没有签订劳动合同，但事实劳动关系的期限在3个月以内，也是法律所许可的。应该说，原告与第三人之间是以完成应当工作任务为期

限的劳动合同。原告为被告提供劳动的“临时性、短期性”的特点，并不妨碍劳动关系的成立。

其次，原告虽然是自备车辆，但车辆的油费、过路费甚至违章罚款费都由某公司承担。这显然不符合一般劳务关系的特征，具有劳动关系的特点。在为第三人服务期间，原告的生活起居都在第三人处，食宿也由第三人提供，随传随到，两者之间具有管理与被管理的关系。虽然原告可以在完成第三人运输任务前提下自由支配时间和车辆，以致于可以为他人跑运输，也不需要遵守第三人的规章制度，如按时考勤、参加培训、会议等，但这是第三人未健全其内部管理的结果，不影响劳动关系的认定。

最后，原告按月从第三人处领取劳动报酬，明显具有工资的性质。原告自备车辆，合理的解释是第三人聘任原告的同时租赁其自有的车辆，原告与第三人虽然没有签订书面的劳动合同，但两者形成了事实劳动关系。因此，原告在为第三人工作期间，在运输过程中因工作原因而受伤，可以认定为工伤。

43. 实行内部承包后发生工伤的，责任由谁承担？

【案情】

2010年，赵长清被某养殖厂招聘为职工，双方未签订劳动合同，某养殖厂也未给其办理工伤保险。2011年初，某养殖厂与赵长清签订承包协议，由赵长清承包该养殖厂3号鱼塘。双方约定：承包人应当服从养殖厂的日常管理，鱼苗和其他材料的购买以及销售环节均由某养殖厂负责，其他生产环节也由某养殖厂统一安排，如果承包人不服从管理的，养殖厂有权给予经济处罚，直至解除承包协议，并将承包人辞退；承包经营的利润在向养殖厂交纳管理费后，归承包人所有；承包经营的风险，包括承包期间发生任何生产事故，造成人身、财产损害，均由承包人承担责任，与养殖厂无关。2011年10月，赵长清在搬运鱼苗时摔倒，导致右腿骨折。赵长清认为自己属于因工负伤，某养殖厂应当负担医疗费、伙食费、交通费等费用。某养殖厂予以拒绝。赵长清向劳动部门申请工伤认定，认定结论为双方属于承包关系，根据承包协议约定，发生生产事故，造成人身损害的，由承包人承担责任。赵长清不服仲裁裁定，向人民法院提起行政诉讼。

【争鸣】

■ 原告赵长清诉称，原告于2006年由被告招聘为职工，与被告形成劳动关系。原告在工作时间、工作场所，因工作原因负伤，构成工伤。

■ 被告劳动部门辩称，当事人双方在平等自愿基础上签订的承

包协议，是当事人双方真实的意思表示，合法有效。当事人双方属于承包关系，而不是劳动关系，不具备工伤认定的前提条件。



【律师点评】

劳动部办公厅《关于私人包工负责人工伤待遇支付问题的复函》（劳办发［1995］11号）指出："如果私人包工负责人是发包单位的职工并属于合法承包者，其工伤待遇由发包单位按国家有关规定执行。如果私人包工负责人与发包单位没有劳动关系而只订立了经济承包合同，若经济承包合同中对其工伤问题有明确约定，则按照合同执行；若经济承包合同中对其工伤问题没有约定，则由其本人负责。"在本案中，原告于2010年被被告招聘为职工，虽然双方没有签订劳动合同，但已经形成了事实上的劳动关系。原告与被告签订承包协议，在生产中因工负伤，属于工伤，应当由被告按照国家有关规定支付工伤待遇，承担医疗费等各项费用。

当事人双方签订的承包协议虽然约定：承包期间发生任何生产事故，造成人身、财产损害，均由承包人承担责任，与养殖厂无关。但被告又对原告的生产活动进行日常管理，鱼苗和其他材料的购买以及销售环节均由某养殖厂负责，其他生产环节也由某养殖厂统一安排，如果承包人不服从管理的，养殖厂有权给予经济处罚，直至解除承包协议，并将承包人辞退。这充分说明原、被告之间属于劳动关系，承包协议属于内部生产责任制形式的承包。既然被告参与日常管理，就应当对安全生产负责，保障劳动者的人身安全。发生工伤事故的，说明被告违反安全保障义务，应当承担支付工伤待遇的责任。被告在承包协议中约定：一切工伤事故与被告无关，由原告承担责任，显然违背了劳动法律、法规的规定，排除了劳动者的主要权益，属于无效

条款。

《工伤保险条例》第62条规定："用人单位依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加的，由社会保险行政部门责令限期参加，补缴应当缴纳的工伤保险费，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，处欠缴数额1倍以上3倍以下的罚款。依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。用人单位参加工伤保险并补缴应当缴纳的工伤保险费、滞纳金后，由工伤保险基金和用人单位依照本条例的规定支付新发生的费用。"由于被告未与原告签订劳动合同，也未给其办理工伤保险，医疗费等各项费用应当由被告按照工伤保险有关规定支付。

44. 实习学生因工受伤，能否享受工伤待遇?

【案情】

袁新平就读于某技工学校。2011 年 1 月，袁新平根据学校的安排，随班到某工厂实习。根据工厂与学校签订的实习协议的约定，实习期间为 6 个月，实习期间表现突出的，由工厂择优录用；如果实习学生在实习期间发生事故，由学校承担责任，与工厂无关。2011 年 4 月，工厂根据袁新平的实习表现，安排其独立操作机床进行生产，并以 600 元/月标准给其发放实习工资。2011 年 6 月，袁新平在操作机床时不慎受伤，右手三根手指被机床轧断。袁新平向工厂提出，自己属于工伤，要求工厂按照工伤保险标准给予一次性赔偿，遭到拒绝。袁新平向当地劳动保障部门提出工伤认定申请，劳动保障部门的结论为不属于工伤；当地人民政府的经复议后，维持该工伤认定结论。2011 年 10 月，袁新平向人民法院提起行政诉讼。

【争鸣】

■ 原告袁新平诉称，自己在工作时间和工作场所内，因工作原因受伤致残，依法应当认定为工伤。请求人民法院撤销劳动保障部门的工伤认定结论，并判决某工厂按照工伤保险待遇标准给予自己一次性赔偿。

■ 被告劳动保障部门辩称，原告在尚在实习期间，与某工厂并未形成劳动关系，因此不能认定为工伤。同时，被告与某技工学校签订的实习协议也有明确约定，实习期间发生的人身、财产损失，应当

由学校承担责任。



【律师点评】

《工伤保险条例》第14条规定："职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：(一) 在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；(二) 工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；(三) 在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；(四) 患职业病的；(五) 因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；(六) 在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；(七) 法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。"

以前仅有企业职工享受工伤保险待遇，而新《条例》扩大了"职工"的内涵，包括各类企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织的职工和个体工商户的雇工，不管劳动者与用人单位是否订立书面合同，不管劳动者的用工形式如何，用工期限长短，劳动者身份如何，均享有工伤保险待遇权利；而且还涵盖了非法用工主体。非法用工单位的职工受到事故伤害或者患职业病的，由该单位向伤残职工或者死亡职工的直系亲属给予一次性赔偿。在本案中，尽管原告还在实习期间，但被告根据原告实习表现按照其独立操作机床生产，并给其发放工资的行为表明：双方已经形成了事实上的劳动关系。原告经厂方安排，在规定的工作场所和工作时间因工作原因受伤，应当被认定为工伤。

由于原告与被告未签订书面劳动合同，未缴纳工伤保险费，按照《工伤保险条例》第62条的规定，"用人单位依照本条例规定应当参

加工伤保险而未参加的，由社会保险行政部门责令限期参加，补缴应当缴纳的工伤保险费，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，处欠缴数额1倍以上3倍以下的罚款。依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。用人单位参加工伤保险并补缴应当缴纳的工伤保险费、滞纳金后，由工伤保险基金和用人单位依照本条例的规定支付新发生的费用。”因此，被告应当按照《工伤保险条例》规定项目和标准向原告支付赔偿金。

45. 劳动者为多拿工资同意不参加社会保险的，发生工伤由谁负责？

【案情】

2010年9月，曾晋应聘某公司技术岗位，并通过了考核与面试。某公司技术岗位的工资为2000元，公司提出：如果劳动者要求参加社会保险，每月从工资中扣除200元。曾晋为了多领工资，遂同意不参加社会保险。双方签订了劳动合同，约定工资报酬为2000元/月（包括社会保险费用）。某公司对其社会保险问题不承担责任。2011年8月，曾晋因工负伤，经鉴定为七级伤残。劳动部门作出了工伤认定。某公司支付了曾晋的医疗费用，但不同意支付其治疗期间的工资福利待遇以及一次性伤残补助金等。双方为此发生争议，曾晋向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，仲裁裁决：某公司未参加工伤保险，应当由其按照工伤保险待遇项目和标准支付曾晋的工资福利待遇以及一次性伤残补助金等。某公司不服仲裁裁决，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告某公司诉称，根据劳动合同的约定，被告的社会保险费用以工资形式支付给被告，原告对被告的社会保险问题不再承担责任。现被告要求原告支付工伤保险待遇，违反劳动合同约定，理由不成立。

■被告曾晋辩称，未参加工伤保险期间用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照法律规定的工伤保险待遇项目和标准支付费

用。劳动合同中虽然有原告不负责被告社会保险问题的约定，但该约定是原告以扣减工资为条件，迫使劳动者作出的意思表示，属于无效条款。劳动争议仲裁裁决正确，请求人民法院予以维持。



【律师点评】

《劳动法》第72条规定："用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。"《社会保险法》第60条规定："用人单位应当自行申报、按时足额缴纳社会保险费，非因不可抗力等法定事由不得缓缴、减免。职工应当缴纳的社会保险费由用人单位代扣代缴，用人单位应当按月将缴纳社会保险费的明细情况告知本人。无雇工的个体工商户、未在用人单位参加社会保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员，可以直接向社会保险费征收机构缴纳社会保险费。"《工伤保险条例》第2条规定："中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户（以下称用人单位）应当依照本条例规定参加工伤保险，为本单位全部职工或者雇工（以下称职工）缴纳工伤保险费。中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织的职工和个体工商户的雇工，均有依照本条例的规定享受工伤保险待遇的权利。"社会保险不同于商业保险，属于国家强制性的保险。参加社会保险不以个人意志为转移，是国家法律的强制性规定，任何人不得违反。根据上述法律规定，为职工办理社会保险，缴纳或者代扣代缴社会保险费是用人单位的法定义务；享受社会保险待遇是劳动者的法定权利。该义务和权利不能通过约定的方式免除或放弃。

在本案中，原、被告双方关于社会保险费以工资形式支付给劳动

者，用人单位不负责劳动者社会保险问题的约定，违反了劳动法律、法规的强制性规定，劳动合同中的相关条款不具有法律效力。《工伤保险条例》第62条规定："用人单位依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加的，由社会保险行政部门责令限期参加，补缴应当缴纳的工伤保险费，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，处欠缴数额1倍以上3倍以下的罚款。依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。用人单位参加工伤保险并补缴应当缴纳的工伤保险费、滞纳金后，由工伤保险基金和用人单位依照本条例的规定支付新发生的费用。"因此，原告应当按照上述法律规定支付被告的工伤待遇。至于以工资形式支付给劳动者的社会保险费用如何处理的问题，我们认为：原告与被告关于社会保险费以工资形式支付给劳动者的约定，目的是为了逃避法定的缴费义务，减少开支。原告把不属于工资的社会保险费用计算到工资当中，实际上变相降低了劳动者的工资报酬。劳动合同约定的2000元/月工资是被告应当取得的劳动报酬，不应包括社会保险费用。被告不需要向原告返还社会保险费用。

46. 第三人给予赔偿后，劳动者能否再要求工伤待遇?

【案情】

李武是某企业库房搬运工。2011 年 5 月，李武在为前来拉货的车辆装车时，由于司机突然发动汽车，导致李武从跳板上摔下，左腿骨折，住院治疗和在家休养 3 个多月。车主赔偿了李武的医疗费、误工费等各项损失 20000 多元。李武向劳动部门提出工伤认定申请，结论为属于工伤。李武遂要求某企业给予其工伤待遇，按原标准发放其治疗和休养期间的工资、福利，遭到某企业拒绝。李武向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，仲裁裁决：李武因工受伤后发生的各项费用，已经由第三人给予赔偿，不能再要求享受工伤待遇。李武对裁决不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告李武诉称，原告作为被告员工，在工作时间、工作场所，因工资原因受到伤害，经劳动部门认定为工伤，应当享受工伤待遇。该待遇不因造成伤害的第三人给予民事赔偿而剥夺。

■ 被告某企业辩称，根据我国现行法律的规定，劳动者因第三人原因发生工伤的，可以要求第三人给予民事赔偿，也可以要求工伤待遇。劳动者只能二者择其一，在行使了选择权后，不能重复要求赔偿。原告所受损害已经由第三人给予了足额赔偿，无权再要求用人待遇给予工伤待遇。



【律师点评】

根据我国《工伤保险条例》的规定，“中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户（以下称用人单位）应当依照本条例规定参加工伤保险，为本单位全部职工或者雇工（以下称职工）缴纳工伤保险费。中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织的职工和个体工商户的雇工，均有依照本条例的规定享受工伤保险待遇的权利。”（第2条第1、2款）最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第12条第1款规定：“依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者，因工伤事故遭受人身损害，劳动者或者其近亲属向人民法院起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的，告知其按《工伤保险条例》的规定处理”；第2款规定：“因用人单位以外的第三人侵权造成劳动者人身损害，赔偿权利人请求第三人承担民事赔偿责任的，人民法院应予支持。”

那么，在由于第三人原因导致劳动者因工受伤的情况下，劳动者能否同时获得第三人给予的民事赔偿和工伤待遇呢？劳动者按照劳动法规和劳动合同的约定履行了劳动义务，就具备了享受工伤待遇的前提条件，一旦因工受伤或者导致残疾、死亡，其本人或家属有权获得工伤待遇。这是劳动者的法定权利，不能以任何理由剥夺。我国《职业病防治法》第59条规定：“职业病病人除依法享有工伤保险外，依照有关民事法律，尚有获得赔偿的权利的，有权向用人单位提出赔偿要求。”《安全生产法》第48条规定：“因生产安全事故受到损害的从业人员，除依法享有工伤社会保险外，依照有关民事法律尚有获得赔偿的权利的，有权向本单位提出赔偿要求。”上述法律均规

定劳动者在享受工伤待遇同时，如果依法还享有民事赔偿权利的，可以要求用人单位赔偿。在这种情况下，用人单位承担着劳动法规和民事法律上的双重责任。

将上述法律规定与最高人民法院的司法解释的规定结合起来，显然可以得出结论·劳动者在获得第三人给予的民事赔偿的情况下，还可以享受工伤待遇。劳动者享受工伤待遇后再要求用人单位给予民事赔偿的情况下，为了不过分加重用人单位的负担，应当采取工伤待遇与民事赔偿的冲抵原则，即工伤待遇与民事赔偿有差额的，用人单位应当补足差额。但用人单位在安全事故和职业病的发生过程中有严重过错的，不加以冲抵，工伤待遇和民事赔偿均应全额支付。但在第三人给予侵权赔偿的情况下，民事赔偿责任的承担者不是用人单位，不存在加重用人单位负担问题。用人单位应当给予劳动者工伤待遇。

在本案中，原告获得了第三人给予的民事赔偿，并不妨碍其享受工伤待遇。况且，原告的诉讼请求仅是要求用人单位支付停工留薪期间的工资福利，不要求用人单位支付其他费用以及应当由工伤保险基金支付的费用。对于原告的诉讼请求应当予以支持。

47. 在工伤认定诉讼中，举证责任如何分配?

【案情】

宋少华是某企业职工。2011年6月，宋少华在工作当中突然倒地昏迷，并从机器操作平台上滚落，造成多处骨折，经治疗后仍留下残疾。2011年10月，宋少华主张自己受伤是因为机器漏电，遭电机昏迷所致，某企业予以否认，宋少华遂向某县劳动部门申请工伤认定。某县劳动部门委托某县医院对宋少华的受伤原因进行鉴定，某县医院依据宋少华的病史和住院检查资料（部分资料，包括心电图在内缺失）作出鉴定结论：宋少华本人有高血压病史，且在受伤前刚结束治疗，结合其受伤后蛛网膜下腔出血等症状，认为宋少华属于旧病复发。某县劳动部门依据鉴定结论作出工伤认定结论：认定宋少华的受伤原因是旧病复发，不能认定为工伤。宋少华对工伤认定结论不服，向某市劳动部门申请行政复议，并申请重新鉴定。某市劳动部门再次委托有关鉴定机构进行鉴定，但因原始病历中重要的检查资料，包括心电图在内部分缺失，鉴定机构作出结论：无法确定宋少华倒地昏迷的直接原因是旧病复发还是遭电击昏迷。某市劳动部门认为，宋少华不能提供完整的原始病历，责任应当由其自行承担。遂依据某县劳动部门提供的包括鉴定结论在内的材料，作出复议结论：宋少华受伤非因工作原因，不属于工伤。宋少华向人民法院提起行政诉讼。人民法院查明：宋少华受伤时使用的机器已经被某企业修理过，不能确定宋少华受伤是否与机器漏电有关。

【争鸣】

■原告宋少华诉称，原告在操作机器过程中，因机器漏电遭电击昏迷后倒地受伤，符合《工伤保险条例》关于“在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的”，应当认定为工伤的规定。被告的具体行政行为认定事实有误，请求人民法院予以撤销。

■被告某县劳动部门辩称，根据专家鉴定结论，原告倒地昏迷的直接原因是旧病复发，非工作原因所致，不能认定为工伤。



【律师点评】

《工伤保险条例》第19条第2款规定：“职工或者其直系亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任。”《工伤认定办法》第17条规定：“职工或者其近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由该用人单位承担举证责任。用人单位拒不举证的，社会保险行政部门可以根据受伤害职工提供的证据或者调查取得的证据，依法作出工伤认定决定。”在本案中，原告受伤时使用的机器是确定其受伤原因（究竟是机器漏电遭电击倒地昏迷摔伤，还是旧病复发导致受伤）最重要的原始证据。但由于该机器已经被某企业修理过，因此，原始证据灭失，某企业应当承担举证不能的不利后果。即在某企业不能举出有力证据，证明原告倒地昏迷受伤与机器本身无关，其受伤非工作原因所致，就应当承担不利后果。

被告委托某县医院进行鉴定，某县医院的鉴定结论为原告本人有高血压病史，且在受伤前刚结束治疗，结合其受伤后蛛网膜下腔出血等症状，认为原告属于旧病复发。被告以及复议机关某市劳动部门均

以此为依据，作出原告昏迷倒地摔伤非工作原因所致，不属于工伤的认定结论。但某县医院作出的鉴定结论是在部分原始病历，包括心电图在内缺失的情况下作出的；复议机关委托的鉴定机构作出的结论是：因原始病历中重要的检查资料，包括心电图在内部分缺失，无法确定原告倒地昏迷的直接原因是旧病复发还是遭电击昏迷。因此，被告以及复议机构以某县医院的鉴定结论为基础作出工伤认定，明显依据不足。本案并不能排除原告受伤与自身发病以外的其他原因有关。从某县医院的鉴定结论本身来看，也只能证明原告受伤时的蛛网膜下腔出血等症状与旧病复发有关，不能由此直接推出原告倒地昏迷的原因就是旧病复发。

复议机关认为，原告不能提供完整的原始病历，导致其委托的鉴定机构无法作出明确的鉴定结论，责任应当由其自行承担。实际上将原始病历中缺失的部分资料的举证责任分配给了原告，由其承担举证不能的不利后果。这种做法违背了工伤认定争议中举证责任由用人单位承担的原则，加重了原告的举证责任，是错误的。综上所述，被告认定原告不属于工伤，依据不足，根据《行政诉讼法》第 52 款第 2 项第 1 目的规定，“具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：1. 主要证据不足的；”对被告作出的工伤认定结论应当予以撤销。

48. 在工伤认定诉讼中，单位提供的录音资料能否推翻先前出具的劳动关系证明?

【案情】

2011年4月，潘志华在交通事故中受伤。2011年10月，潘志华向劳动部门申请工伤认定，并向劳动部门出具了某企业于2011年7月作出的书面证明，内容为：潘志华为某企业员工，月工资1200元，发生交通事故后已经停发。劳动部门到某企业进行调查时，该企业负责人提出：潘志华不是该公司员工，双方并不存在劳动关系，只有一般的业务往来。某企业出具的证明是应潘志华家人的请求，为解决交通事故赔偿问题而出具的。但某企业未向劳动部门调查人员提供相关证据。2011年11月，劳动部门依据潘志华提供的书面证明，作出认定：潘志华与某企业之间系劳动关系，根据交通管理部门交通事故认定，潘志华在上下班途中发生交通事故，属于工伤。某企业申请行政复议。复议决定维持原工伤认定结论。某企业遂提起行政诉讼。在诉讼中，某企业向法庭提供了与潘志华家人的谈话录音以及证人证言。谈话录音的内容为：某企业领导到潘志华家中，叙述了潘志华家人为处理交通事故赔偿问题，到某企业开证明的事情经过，潘志华家人表示确有其事，同时也承认用某企业出具的证明申请工伤认定，不太合适。证人证言证明：潘志华一直从事个体五金销售，与某企业有业务往来，但并非某企业员工。

【争鸣】

■原告某企业诉称，原告应第三人恳求，为处理交通事故赔偿问题虚假出具了第三人系其员工的证明，该行为确属不当。现第三人以虚假证明申请工伤认定，劳动部门作出的工伤认定结论与事实不符。原告提供的谈话录音与证人证言足以证明劳动关系不存在，第三人缺乏工伤认定的前提条件，请求人民法院撤销工伤认定结论。

■被告劳动部门辩称，最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第59条规定："被告在行政程序中依照法定程序要求原告提供证据，原告依法应当提供而拒不提供，在诉讼程序中提供的证据，人民法院一般不予采纳。"被告在作出工伤认定前曾向原告调查取证，原告并未向被告提交上述证明，在诉讼程序中提供的，人民法院不应采纳。并且，谈话录音未经第三人家人同意，属于偷录，侵害他人合法权益，属于非法证据；证人证言的提供者与原告之间有利害关系，因此，上述证明不能推翻原告出具的书面证明。该书面证明也可以视为原告对劳动关系问题的自认，可以据以认定案件事实。原告在出具该证明时应当预见到会产生工伤认定法律后果，应当视为其愿意承担支付工伤保险待遇的法律责任，所以，应当将该证明作为定案证据。被告作出的工伤认定结论正确，请求人民法院予以维持。



【律师点评】

《行政诉讼法》第31条第1款规定："证据有以下几种：

（一）书证；（二）物证；（三）视听资料；（四）证人证言；（五）当事人的陈述；（六）鉴定结论；（七）勘验笔录、现场笔录。”视听资料与书证都属于行政诉讼法规定的证据形式。书证是指以文字、符号、图画等所表达和记载的内容、含义来证明待证事实的证据，在各类行政证据中占有突出的位置，是当事人之间产生行政法律关系的主要凭证；视听材料是指运用先进的科学技术手段，用录音、录像、电子储存资料以及其他科技设备所反映的资料来证明案件事实的证据。其中，声音资料通过原始声音信号本身所反映的内容来证明案件事实，素有“会说话的证据”之称，其证明效力应优于其他证据。

但视听资料与书证相比，在证据效力上要逊色很多，这是因为视听资料往往难以成为有效证据：首先，视听资料容易复制，而且复制件与原始载体难以区分，特别是数码录音资料，极易进行仿制和剪接等技术处理，证据的真实性无法辨明；其次，视听资料通常是采取私自录制、秘密取证的方式取得，容易成为以违反法律禁止性规定或侵犯他人合法权益的方法取得的非法证据。最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第 57 条第 2 项规定：“下列证据材料不能作为定案依据：……（二）以偷拍、偷录、窃听等手段获取侵害他人合法权益的证据材料……”

但并非所有以偷拍、偷录、窃听等手段获取的证据材料都不能作为行政诉讼中的合法证据使用。上述司法解释的规定反过来理解就是：以偷拍、偷录、窃听等手段获取的证据材料没有侵害他人合法权益的，可以作为定案的依据。在本案中，原告负责人经过同意进入第三人家中进行交谈，并进行录音，没有采取强行闯入、胁迫录音或使用非法窃听器材等法律禁止的手段，谈话内容是第三人家人到原告处开具证明的经过，没有侵犯他人的合法权益，具备合法性。同时，该录音资料与原告提供的其他公司的证明及证人证言，

证据种类不同，证明内容一致。而且被告对证据的真实性未提出异议。相比之下，被告认定原告与第三人之间存在劳动关系的证据，只有原告为第三人出具的证明，是一个孤证，且原告已不予认可。因此，原告的录音材料，作为“会说话的证据”，其效力应当优于被告的书证，而且在有其他种类证据相佐证的情况下，应当作为定案证据。

关于原告出具的劳动关系证明是否构成自认的问题。最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第65条规定：“在庭审中一方当事人或者其代理人在代理权限范围内对另一方当事人陈述的案件事实明确表示认可的，人民法院可以对该事实予以认定。但有相反证据足以推翻的除外。”第67条规定：“在不受外力影响的情况下，一方当事人提供的证据，对方当事人明确表示认可的，可以认定该证据的证明效力；对方当事人予以否认，但不能提供充分的证据进行反驳的，可以综合全案情况审查认定该证据的证明效力。”根据上述法律规定，只有诉讼中的自认才有证明效力。原告为第三人出具的证明，既不是在诉讼程序中，也不是在行政程序中，没有自认的证明效力。当然，对于原告出具虚假证明的行为，应在处理交通事故程序中追究原告作伪证的法律责任。

关于原告在行政程序中未提交而在诉讼程序中提交的证据，法院应否采纳的问题。最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第59条规定：“被告在行政程序中依照法定程序要求原告提供证据，原告依法应当提供而拒不提供，在诉讼程序中提供的证据，人民法院一般不予采纳。”在本案中，被告在作出工伤认定之前曾向原告进行过调查取证，但原告在诉讼程序中向法院提交的录音材料、证人证言等证据，当时并未向被告提交，对这些证据，法院应否采纳？从原告提供的证据本身来看，其真实性和证明力没有问题，所以本案的关键就是这些证据的提供是否符合法定程序。

《工伤保险条例》第19条第1款规定:“社会保险行政部门受理工伤认定申请后,根据审核需要可以对事故伤害进行调查核实,用人单位、职工、工会组织、医疗机构以及有关部门应当予以协助。”第2款规定:“职工或者其直系亲属认为是工伤,用人单位不认为是工伤的,由用人单位承担举证责任。”在工伤认定行政诉讼中,如果被告依据法律授权要求原告提供证据,原告未提交,后又在行政诉讼中提交,不应当采信。所以,本案原告提供的上述证据因不具有程序的合法性而失去效力。

49. 事业单位的职工能否向劳动部门申请工伤认定?

【案情】

孙璐是某学校音乐老师。2011 年 9 月，孙璐在和学生一起搬运钢琴的过程中，被钢琴砸伤右脚。事故发生后，孙璐与某学校因赔偿问题发生争议，向当地劳动部门申请工伤认定。劳动部门认为某学校属于财政全额拨款的事业单位，不属于《工伤保险条例》第 2 条规定的范围，被告根据《工伤保险条例》第 62 条之规定，作出了《工伤认定不予受理通知书》。孙璐不服，向当地人民政府申请行政复议，复议维持了劳动部门的不予受理决定。孙璐向人民法院提起行政诉讼。

【争鸣】

■ 原告孙璐诉称，原告在工作时间、工作场所，因工作原因受到伤害，依据《工伤保险条例》的规定，属于工伤。被告的不予受理决定违背了我国劳动法律、法规的规定，请求人民法院予以撤销。

■ 被告劳动部门辩称，原告所在单位为财政全额拨款的事业单位。因此，原告的工伤问题不适用《工伤保险条例》，不属于被告的受理范围。



【律师点评】

《工伤保险条例》第 2 条规定：“中华人民共和国境内的企业、

事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户（以下称用人单位）应当依照本条例规定参加工伤保险，为本单位全部职工或者雇工（以下称职工）缴纳工伤保险费。中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织的职工和个体工商户的雇工，均有依照本条例的规定享受工伤保险待遇的权利。”第65条规定：“公务员和参照公务员法管理的事业单位、社会团体的工作人员因工作遭受事故伤害或者患职业病的，由所在单位支付费用。具体办法由国务院社会保险行政部门会同国务院财政部门规定。”

学校不属于参照公务员法管理的事业单位，适用《工伤保险条例》。原告在工作中受到事故伤害的，其工伤范围、工伤认定、劳动能力鉴定、待遇标准等按照《工伤保险条例》的有关规定执行。《工伤保险条例》第17条规定：“职工发生事故伤害或者按照职业病防治法规定被诊断、鉴定为职业病，所在单位应当自事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起30日内，向统筹地区劳动保障行政部门提出工伤认定申请。遇有特殊情况，经报劳动保障行政部门同意，申请时限可以适当延长。用人单位未按前款规定提出工伤认定申请的，工伤职工或者其直系亲属、工会组织在事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起1年内，可以直接向用人单位所在地统筹地区劳动保障行政部门提出工伤认定申请。按照本条第一款规定应当由省级劳动保障行政部门进行工伤认定的事项，根据属地原则由用人单位所在地的设区的市级劳动保障行政部门办理。”对于原告的工伤认定申请，被告应当予以受理。

雇佣关系纠纷



50. 如何区分雇佣关系与承揽关系？

【案情】

2007年8月，周平应顾同要求到其家中做工，为顾同安装天花板和地板。双方约定：顾同按照做工天数向周平支付报酬，工钱为每天50元；周平自备工具。几天后，周平在对一块木板实施切割的过程中，被木板中飞溅出来的铁钉刺伤眼睛，造成经济损失计8000余元。周平诉至法院，要求顾同赔偿其经济损失。

【争鸣】

■ 原告周平诉称，自己受顾同雇佣为其做装修，提供劳务，顾同按做工天数支付报酬，两者之间属于雇佣关系。自己在从事雇佣活动过程中遭受人身损害，顾同应承担赔偿责任。

■ 被告顾同辩称，自己与周平之间是加工承揽合同关系。因为周平按照自己的定作要求搞家庭装修，其利用自己掌握的手艺自主安排工作，且具有一定的技术含量，属于交付劳动成果；自己按周平交付的劳动成果来给付报酬，是一种加工承揽关系。周平在加工承揽工作中造成自身损害，自己作为定作人不负赔偿责任。



【律师点评】

最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第9条规定："雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应

当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿”；第10条规定：“承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。”在不同的法律关系下，雇主和定作人承担的法律责任差异很大。因此，当事人双方争议的焦点就是双方究竟为雇佣关系还是承揽关系。

雇佣关系是指受雇用人在一定或不特定的期间内，从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动，雇用人接受受雇用人提供的劳务并按约定给付报酬的权利义务关系。承揽关系是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的权利义务关系。雇用关系中雇主与雇员之间的地位是不平等的，双方之间具有支配与服从的关系，雇用人必须为受雇人提供合理的劳动条件和安全保障，同时对其工作进行监督管理，受雇人则需听从雇用人的安排，按其意志提供劳务；承揽合同关系中双方当事人的地位是平等的，不存在支配与服从的关系，在劳动中承揽人一般是自行决定自己的操作规程和劳动过程，不受定作人的组织指挥和监督管理，承揽人在完成工作中具有独立性。

雇佣关系中，雇工所付出的主要是劳动力，当然也包含一定的技术成果，但通常其技术含量比较低，其报酬成分也比较单一，仅仅包括劳动力的价值。雇主享有雇工劳动的一切成果，这种成果不是雇主付酬的直接对象。而在加工承揽关系中，承揽人所付出的主要是一定技术成果，其次才是一定的劳动力；承揽事项应具有特殊性，它一般需要具备相应的设备条件，蕴涵一定的技术成分，为此，《合同法》规定承揽事项，包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等相类似的工作，其报酬不同于一般劳务关系中的报酬，不仅仅包含劳动力的价值，还应当含有技术成分的价值以及一定的利润成分，即定作人接

受承揽人物化的劳动成果，该成果是定作人付酬的直接对象。

在本案中，周平是在不特定的期间内，按照顾同的要求，为顾同提供安装天花板和地板等特定劳务，虽然周平是自己准备工具，所提供的劳务也具有一定的技术含量，但顾同是按照周平的做工天数，以每天50元的工钱支付报酬，做多少天支付多少天的工钱，完全是支付劳动力报酬的方式，而不是以劳动成果作为支付报酬的直接对象。周平并没有享有劳务报酬之外的额外利益，且顾同在一定程度上对周平的工作内容、工作进度行使着管理和指挥职能，其工作性质也没有特定的人身依附性。故本案中当事人之间应属于雇佣关系，适用有关雇佣关系的法律规定。

51. 如何区分劳动关系与雇佣关系？

【案情】

2007年6月，某企业为扩大产量，将一批玩具的压模工作承包给刘建。承包协议签订后，刘建请何威等人为其工作。刘建为每个人安排具体工作并确定工资。按照每月完成的工作量，由刘建先与企业结算，然后再分别与工人结算。在压模过程中，何威被机器轧断右手。何威先后找某企业和刘建要求赔偿，均无结果，遂以刘建和某企业为被告向人民法院起诉。

【争鸣】

■ 原告何威诉称，自己在为刘建从事雇佣劳动的过程中受伤致残，雇主刘建应当承担赔偿责任；某企业作为发包人和受益人，应当承担连带责任。

■ 被告刘建辩称，何威与某企业为事实劳动关系。某企业与自己是内部承包合同关系，自己与何威不是雇佣关系，而是管理与被管理的关系。何威的损失应当由某企业按照工伤处理。

■ 被告某企业辩称，其与刘建为经济承包合同关系。而刘建与何威等人是雇佣关系，本案应按人身损害赔偿纠纷处理。作为雇主，刘建对何威发生的人身损害应当承担赔偿责任。某企业不应承担责任。



【律师点评】

最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第11条规定："雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任，也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后，可以向第三人追偿。雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主承担连带赔偿责任。属于《工伤保险条例》调整的劳动关系和工伤保险范围的，不适用本条规定。"在本案中，赔偿责任的确定取决于何威是与某企业形成了事实劳动关系，还是与刘建形成了雇佣关系。在前者的情况下，何威应当按照工伤获得赔偿，适用《工伤保险条例》的有关规定。在后者的情况下，应当由雇主按照上述司法解释的规定给予赔偿。

劳动关系是指用人单位与劳动者之间依照劳动法规定，签订劳动合同，使劳动者成为用人单位成员，接受用人单位管理，从事用人单位指定的工作，并获取劳动报酬和劳动保护所产生的法律关系。雇佣关系应当是雇工按照雇主的要求从事某项劳动，雇主按约支付劳务费的法律关系。雇员受雇主的意志支配和约束，双方存在监督被监督和管理被管理的关系。其表现形式一般为用工使用期限比较短，约定完成某项工作任务，及时结清劳务费用，所从事的劳动一般为生活领域的事务，也包括部分以营利为目的的生产经营性事务。

在本案中，刘建与某企业的承包协议属于经济承包，即企业把生产工序的部分或全部承包给了刘建。至于刘建雇佣谁、雇佣多长时间，都由刘建决定，企业只与刘建发生经济关系。某企业未与原告何

威签订《劳动合同》，也无经济上的往来，不具备事实劳动关系特征。何威等人为刘建工作，完成其承包的某企业生产任务，刘建为每个人安排具体工作并确定工资。因此，原告何威与被告刘建是雇佣关系，本案不能按工伤事故损害赔偿纠纷处理，而应按人身损害赔偿纠纷处理。雇主刘建应对何威的人身损害承担民事赔偿责任。

52. 临时搬运工受伤的，责任由谁承担？

【案情】

甲公司运送一批货物到乙公司，由乙公司组织人卸货。乙公司库房主管召集站街揽活的薛伟等人卸货，商定按照50元/人支付报酬。乙公司库房主管在现场指挥和点货。卸货过程中，薛伟爬上车顶，抛卸货物，乙公司库房主管提醒其危险，让其和其他工友一样，到车后方卸货，但薛伟不听劝阻，坚持在车顶将货物丢给其他工友。后货物松动，薛伟脚下踩空，从车顶摔落。事后，当事人因赔偿问题发生争议，诉至人民法院。

【争鸣】

■ 原告薛伟诉称，原告由被告乙公司工作人员召集，为甲公司卸货，乙公司支付劳动报酬。原告同时为甲、乙两公司服务，既为甲公司卸货，又为乙公司运送货物到仓库，与两者都形成雇佣关系，请求人民法院判决两被告平赔偿原告的治疗费、住院期间伙食补助费、护理费、误工费、交通费等。

■ 被告甲公司辩称，卸货事宜按惯例是由公司负责。原告是由乙公司工作人员召集，为其卸货，并由乙公司支付劳动报酬。被告甲公司与原告既非雇佣关系，也不是义务帮工关系，也没有因原告的行为而受益。因此，被告甲公司不是本案适格被告。

■ 被告乙公司辩称，原告自愿为甲公司卸货，与甲公司属于帮工关系。乙公司不是本案适格被告。



【律师点评】

本案首先要解决的问题是原告是与被告甲公司形成帮工关系，还是与被告乙公司形成雇佣关系。所谓雇佣关系，是指受雇用人在一定或不特定的期间内，从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动，雇用人接受受雇用人提供的劳务并按约定给付报酬的权利义务关系。雇佣关系中雇主与雇员之间的地位是不平等的，雇员受雇主的意志支配和约束，双方之间具有支配与服从、监督被监督和管理被管理的关系。雇工按雇主的意志实施行为，由此创造的经济利益以及其他物质利益，由雇主承受，雇工据此得到报酬。雇用人必须为受雇人提供合理的劳动条件和安全保障，同时对其工作进行监督管理，受雇人则需听从雇用人的安排，按其意志提供劳务。其表现形式一般为用工使用期限比较短，约定完成某项工作任务，及时结清劳务费用，所从事的劳动一般为生活领域的事务，也包括部分以营利为目的的生产经营性事务。在本案中，原告等人由被告乙公司库房主管召集，为其卸货，按50元/人支付劳动报酬。乙公司库房主管在现场指挥并点货。由此可见，原告与乙公司的关系符合雇佣关系特征，与甲公司之间不是帮工关系。

最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第11条第1款规定："雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。"原告在为被告乙公司服务过程中受伤，应当由乙公司承担赔偿责任。《民法通则》第131条规定："受害人对于损害的发生也有过错的，可以减轻侵害人的民事责任。"第106条第3款规定："没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。"最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第2条规定："受害人对同一损害的发生或

者扩大有故意、过失的，依照民法通则第一百三十一条的规定，可以减轻或者免除赔偿义务人的赔偿责任。但侵权人因故意或者重大过失致人损害，受害人只有一般过失的，不减轻赔偿义务人的赔偿责任。适用民法通则第一百零六条第三款规定确定赔偿义务人的赔偿责任时，受害人有重大过失的，可以减轻赔偿义务人的赔偿责任。”根据上述司法解释的规定，雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，如果雇员本人有重大过失的，可以减轻雇主的赔偿责任。

判断雇员是否有重大过失，一般应从以下几方面考虑：(1) 雇员是否具有专业的职业技能，伤害事故的发生是否由雇员违反职业要求的行为所引起。本案雇员的违章操作行为，可以认定其存在重大过失。(2) 雇员是否存在严重违反操作规程的行为。对一些危险性的工作，国家或行业都会对这些工作的操作规程做出相应的规定，如果雇员严重违反操作规程导致事故发生的，应当认定雇员有重大过失。(3) 雇员是否存在不听劝阻和提醒的情形。在某些危险场合，雇主或其他在场人员已对雇员的违章行为进行了劝阻，或对雇员进行了必要的提醒，雇员不听劝阻而最终发生伤害事故的，应当认定雇员有重大过失。(4) 区分损害是由雇员的不慎还是由不当行为引起的。有些损害是由雇员的不慎造成的，如建筑工程作业中雇员不慎踩空架板坠空摔伤，此行为发生瞬间，雇员虽对自己的安全有所疏忽，但过失程度轻微；有些损害是由于雇员的不当行为引起的，如有的雇员不听提醒，不按规定戴安全帽或穿拖鞋登高施工，雇员违反规定或不听劝阻，应当对潜在的危险有所预见，在此种情况下就应当认定雇员有重大过失。在本案中，原告在没有任何安全保护措施的情况下，爬到车顶卸货，被告乙公司工作人员对其进行了提醒和劝阻，但原告置之不理，存在重大过失。因此，应当减轻雇主被告乙公司的赔偿责任。

53. 自备运输工具为他人送货的，发生损害后能否要求赔偿？

【案情】

马晓轩经营送水业务，找人为其送水，条件是自备交通工具。胡茂林自带三轮车到马晓轩的公司从事送水工作，双方约定报酬按每送一桶水0.3元计价。2007年8月某日，胡茂林在送水途中三轮车颠覆，造成其腿部骨折，经治疗花去医疗费3000余元。事后，胡茂林要求马晓轩赔偿，遭到拒绝后向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告胡茂林诉称，自己受雇于马晓轩，在工作过程中受到人身损害，马晓轩应当给予赔偿。

■ 被告马晓轩辩称，自己与胡茂林之间不存在雇佣关系。胡茂林从自己的送水公司承揽送水业务，计件领取报酬。其在完成承揽工作的过程中发生人身损害，应当自行承担损失，不同意赔偿。



【律师点评】

最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第11条规定：“雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。”第10条规定：“承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不

承担赔偿责任。”所谓雇佣关系，是指雇员按照雇主的指示，利用雇主提供的条件，以自己的技能为雇主提供劳务，雇主向提供劳务的雇员支付劳动报酬。承揽关系，是指承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬。两者的主要区别有：

在雇佣关系中，雇员在受雇期间从事雇佣活动（即从事雇主授权或指示范围内的生产经营活动或者劳务活动），其意志和行为受雇主的约束和支配并受其监督为之服务。而承揽关系中，承揽人虽也为定作人选任并为之服务，但承揽人是独立完成工作的，不在定作人的直接监督之下。对雇员在完成受雇工作中所受损害，雇主应承担赔偿责任。而承揽关系中，承揽人与定作人是一种合同关系，双方依合同约定享有权利和履行义务，互相承担的一种合同责任，承揽人如在工作中受伤，因不属合同约定的债权范围，定作人也不负有赔偿的义务。除非定作人对定作、指示或者选任有过失。《解释》第10条规定：“承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。”

在本案中，胡茂林的送水行为，即将水送往何处，交由何人等，都受马晓轩授权和指示，并在马晓轩的直接监督下执行，其工作也不具有独立性。胡茂林虽自带劳动工具，但并不能改变其受雇的性质，故胡茂林与马晓轩之间应为雇佣关系。胡茂林受雇工作期间受伤，应由马晓轩承担赔偿责任。《解释》第2条规定：“受害人对同一损害的发生或者扩大有故意、过失的，依照民法通则第一百三十一条的规定，可以减轻或者免除赔偿义务人的赔偿责任。但侵权人因故意或者重大过失致人损害，受害人只有一般过失的，不减轻赔偿义务人的赔偿责任。适用民法通则第一百零六条第三款规定确定赔偿义务人的赔偿责任时，受害人有重大过失的，可以减轻赔偿义务人的赔偿责任。”胡茂林对损害的发生有过错的，可以减轻马晓轩的赔偿责任。

54. 雇员被第三人伤害的，能否要求雇主赔偿？

【案情】

孙笑经常为严新帮工。2007 年 5 月，孙笑按照严新的安排，为前来拉货的郑伟装车。货物装好后，郑伟发动汽车，将正准备下车的孙笑从货物上摔下，左腿骨折。经住院治疗，花去医疗费用 8000 余元。孙笑要求严新和郑伟赔偿自己的损失，但双方互相推诿。无奈之下，孙笑向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 孙笑提出，自己在为郑伟装车期间，由于郑伟在倒车疏忽大意造成自己摔伤，郑伟存在过错，应当承担赔偿责任。自己是在受雇于严新期间，由于从事雇佣劳动而受伤，严新应当承担连带赔偿责任。

■ 郑伟提出，孙笑从车上摔下致伤，其自身也存在一定的过错，应当自行承担一部分损失。严新作为雇主，在其雇员劳动过程中未尽到安全监督义务，同样有过错，应当承担相应的责任。自己仅同意承担部分责任。

■ 严新提出，孙笑的损害是由于郑伟未尽安全注意义务造成的，与自己无关，不同意承担赔偿责任。



【律师点评】

最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题

的解释》(以下简称《解释》)第11条规定:“雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害,雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的,赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任,也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后,可以向第三人追偿。”本案是一起雇员在从事雇佣活动中遭受雇佣关系以外的第三人损害而引发人身损害赔偿案件。这里涉及到的是雇主与加害人之间的不真正连带责任。所谓不真正连带责任,是指数个行为人基于不同的行为致使受害人的权利受到损害,各个行为人产生同一内容的侵权责任,各负全部赔偿责任,并因行为人之一的履行而使全体责任人的责任归于消灭的侵权责任形态。不真正连带责任具有以下特征:

(一)数个行为人基于不同的行为造成一个损害。例如上述案例中,郑伟基于侵权行为致使孙笑受损害,而雇主严新因与孙笑之存在雇佣关系,孙笑又是在雇佣活动中受损害的,他可以基于雇佣关系请求严新负损害赔偿责任。侵权行为和雇佣劳动这两个行为都是损害发生的原因。但是发生的又是同一个损害后果,而不是两个损害结果。

(二)数个行为人的行为产生不同的侵权责任,这个责任就救济受害人损害而言,具有同一目的。如上所述,雇主的工伤事故赔偿和第三人的侵权赔偿,都是救济受害人损害的赔偿,都是一个目的,因此分别产生不同的侵权责任,责任的目的都是救济该同一损害,而不是救济各个不同的损害。

(三)受害人享有不同的损害赔偿请求权,可以“择一”行使,或者向雇主或者向第三人请求承担责任,而不是分别行使各个请求权。受害人选择的一个请求权全部实现之后,其他请求权消灭。这就是不真正连带责任的“就近”规则,受害人可以选择距离自己最近的法律关系当事人作为被告起诉。

(四)损害赔偿责任最终归属于造成损害发生的直接责任人。如果受害人选择的侵权责任人就是直接责任人,则该责任人就应当最终

地承担侵权责任。如果选择的责任人并不是最终责任人，则承担了侵权责任的责任人可以向最终责任人请求赔偿，最终责任人应当向非最终责任人承担最终责任。《解释》第11条就有“雇主承担赔偿责任后，可以向第三人追偿”的规定。这就是不真正连带责任的“最终性”规则。

在本案中，孙笑是受雇于严新，双方形成雇佣合同关系。孙笑在雇佣劳动期间，受到第三人的伤害。孙笑可基于雇佣关系向严新主张赔偿，严新应当向孙笑赔偿各项损失。同时孙笑受伤是由于第三人郑伟的过错造成的，孙笑可基于侵权关系要求郑伟赔偿。严新和郑伟是基于不同发生原因，即分别基于违约和侵权两个独立的互不相同的法律事实而偶然产生的同一内容的给付，各负全部履行之义务。孙笑享有两种请求权，但不等于孙笑存在双重获赔。不真正连带债务存在终局责任人，所谓的终局责任人，就是指对于数个不真正连带债务的发生应最终负责的人。因此孙笑的伤害实际是由于郑伟的侵权行为造成，郑伟是终局责任人。如果严新赔偿了孙笑的损失，可以向郑伟求偿。

55. 雇工之间造成伤害，雇主应否赔偿？

【案情】

2007年4月，黄韬承揽了为宋尧建筑私宅的工程，雇佣王磊、钟亮等人进行施工。但黄韬的施工队没有建筑资质。在施工过程中，钟亮在砸石时溅起碎片，击中王磊眼部。经治疗，支付医疗费4000元。王磊要求黄韬、钟亮给予赔偿，遭到拒绝，遂向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告王磊诉称，自己在为黄韬施工的过程中受到人身损害，且致害人也是黄韬请来干活的人，黄韬理应赔偿自己的损失。

■ 被告黄韬辩称，孙明春的伤系钟亮造成，应由钟亮赔偿。

■ 被告钟亮辩称，自己没有过错，不应承担赔偿责任。



【律师点评】

最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第9条规定："雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。"第11条规定："雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，赔偿权利人

可以请求第三人承担赔偿责任，也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后，可以向第三人追偿。雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主承担连带赔偿责任。”

在本案中，王磊眼伤虽是由钟亮造成，但王磊可选择由钟亮或黄韬作为被告人要求赔偿。王磊选择黄韬作为被告人可取得绝对的胜诉权，而选择钟亮作为被告人则要举证证明钟亮主观上是故意或存在着重大过失，从而诉讼存在着一定的风险。黄韬赔偿王磊后只要能证明钟亮存在着主观故意或重大过失则仍有权向钟亮追偿。王磊如果选择黄韬和房主（发包方）宋尧作为共同被告更有利于保护自己的合法权益。因为黄韬为个体建筑商，无相关资质，应该认为房主宋尧是明知的，黄韬和宋尧应承担连带赔偿责任。

《解释》第2条规定：“受害人对同一损害的发生或者扩大有故意、过失的，依照民法通则第一百三十一条的规定，可以减轻或者免除赔偿义务人的赔偿责任。但侵权人因故意或者重大过失致人损害，受害人只有一般过失的，不减轻赔偿义务人的赔偿责任。适用民法通则第一百零六条第三款规定确定赔偿义务人的赔偿责任时，受害人有重大过失的，可以减轻赔偿义务人的赔偿责任。”在本案中，王磊在施工过程中没有严格遵守操作规程，未尽到注意义务，也有一定的过失，黄韬可以减轻责任。

56. 雇员造成雇主死亡的，应否赔偿？

【案情】

刘军受雇于阮清顺，担任货车司机。2007 年 9 月某日，刘军驾车外出送货，阮清顺跟车。途中发生交通事故，阮清顺受重伤，送医院抢救无效死亡。经公安机关现场勘察认定，此次交通事故是由于刘军违反道路交通安全法律规范，在行下坡路时超速造成的，刘军承担全部责任。阮清顺的家属要求刘军赔偿阮清顺因交通事故受伤死亡造成的各项损失。经协商未果，诉至人民法院。

【争鸣】

■ 原告阮清顺的家属诉称，刘军在驾驶车辆的过程中违反道路交通安全法律规范，造成交通事故，导致阮清顺受伤死亡。经公安机关交通管理部门现场勘察认定，刘军负交通事故全部责任。此责任是相对于在交通事故中受到损害的任何一方，并不单指对外责任。刘军应当对其过错向受害人承担侵权赔偿责任，此种责任的承担不因侵权人的身份而免责。

■ 被告刘军辩称，自己作为阮清顺的雇工，虽然说对事故的发生承担全部责任，但此种责任应是一种对外责任，即对事故相对方的责任；对雇主不应负担责任，因为现有的法律没有雇工对雇主承担赔偿责任的事由和规定。而且自己在交通事故中也受到了伤害，不应赔偿阮清顺死亡的损失，相反，阮清顺的家人还应赔偿其损失。



【律师点评】

最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》对雇员在从事雇佣劳动中致人损害和自身遭受人身损害的赔偿责任问题作出了规定。雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任，也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后，可以向第三人追偿。雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主承担连带赔偿责任。但对于雇员在从事雇佣劳动的过程中导致雇主人身损害的问题，上述司法解释没有明确规定。本案即属于这种情形。在这种情况下，不能因为加害人是雇员而受害人是雇主，就认为加害人可以对其加害行为免责。本案应当依据侵权责任的一般规定来确定赔偿责任。

《民法通则》第 106 条第 2 款规定："公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。"第 119 条还规定："侵害公民身体造成伤害的，应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残疾者生活补助费等费用；造成死亡的，并应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用。"刘军因违反道路交通安全法律规范造成阮清顺人身损害，应当承担侵权责任。既然雇员在从事雇佣劳动的过程中受到人身损害，雇主应当承担赔偿责任。从公平的角度看，雇员因过错导致雇主人身损害的，也应当承担赔偿责任，否则就违反民法的公平原则。而且，"雇员因故意

或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。”如果受害人就是雇主，雇主及其家属也应当有权利向雇员主张赔偿。从侵权责任的构成要件看，首先是行为人有过错；其次是有损害事实和结果；再者是过错行为与损害结果之间有因果联系。刘军的行为完全符合侵权责任的构成要件，故依法应当承担赔偿责任。刘军在交通事故中也受到人身损害，按照司法解释关于“雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任”的规定，对刘军的赔偿责任可以适当减轻。

57. 雇主因救助雇员而受伤的，雇员应否赔偿?

【案情】

张玉东是某村村民。2007年11月，张玉东因建新房，邀请同村村民张荣清等人前来帮工，报酬是30元/天。建房过程中，张荣清在下梯子时因脚踩空，不慎跌落。张玉东见状，即上前接住张荣清，被其砸伤。在住院治疗期间，张玉东共花去各项医疗费用6000余元。张玉东要求张荣清给予赔偿，遭到拒绝，遂向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告张玉东诉称，原告因救助被告而受伤，被告应当承担赔偿责任，支付原告的医疗费用。

■ 被告张荣清辩称，原、被告属于雇佣关系。在从事雇佣活动过程中，不论是雇员受伤，还是雇员致他人伤害，都应当由雇主承担赔偿责任，雇员本人不承担责任。因此，原告的损失应当由其自行承担。而且，救助雇员是雇主应当履行的义务，原告不能以此要求赔偿。



【律师点评】

我们先来看看原告对被告实施救助行为的法律性质。根据我国《民法通则》第93条的规定，“没有法定的或者约定的义务，

为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。”这在法律上称之为无因管理。无因管理中“无法律上的原因”，是指没有法律规定的或者约定的义务。法律规定的义务，是指由法律直接规定的义务。这里的法律不限于民法或者其他私法，还包括公法如行政法。民法上规定义务如父母对未成年子女的抚养、监护义务等；破产管理人对破产财产的管理义务等，负有这些义务的人的管理行为不构成无因管理。在公法上，如警察的救助行为、消防员的救火行为，此时对个人利益的保护是其公法上义务的内容，故也不构成无因管理。约定的义务，是指由契约而发生的一方当事人的义务，例如由委托契约、雇佣契约、承租契约等都可以发生管理人对本人管理事务的义务。于管理人与本人之间有这样的契约存在时，管理人对本人不得主张无因管理。

那么，原告救助被告的行为是否构成无因管理呢？本案的特殊性在于原告与被告存在雇佣关系，如果两者是平等的民事主体，不存在雇佣关系，原告的行为构成无因管理是毫无疑问的。而在雇佣中，雇主要对雇员的人身、财产安全承担一定的义务，例如，通过安全的劳动条件，妥善地指挥和管理雇佣活动等，如果雇员在雇佣活动中人身、财产受到损害的，雇主应当承担赔偿责任。但不论是法律规定还是从当事人之间的约定来看，雇主都没有临危救助的法律义务。雇主对雇员的救助行为显然是超出其法律义务范围之外的行为，构成无因管理。原告因救助被告而受伤，有权要求被告支付医疗费等必要的费用。而且，本案中的被告存在疏忽大意的过失，导致原告损害的发生，由其承担赔偿责任也是公平的。

同时，由于当事人之间存在雇佣关系，不论是雇员在从事雇佣活动的过程中受到伤害，还是雇员致他人伤害的，雇主都应当赔偿。在本案中，如果原告没有实施救助行为，被告因此而受到

伤害，原告同样应当赔偿；如果是第三人实施救助行为而受到伤害的，也应当由原告承担赔偿责任。因此，综合考虑这些因素，可以适当地减轻被告的赔偿责任，按照合理的比例由当事人双方分担损失。

58. 搭伙干活并均分报酬，发生损害由谁赔偿？

【案情】

王战河与钱放等人在农闲时节经常结伙外出为他人干活，通常由钱放出面揽活，洽谈报酬。活干完后，报酬由大家均分。2007 年 9 月某日，王战河与钱放等人听说郑平家的院墙要翻新，遂由钱放前往找郑平商谈。报酬谈妥后，王战河与钱放等 8 人到郑平家为其翻修院墙。在拆墙过程中，郑平之妻从外面回来，提出将院里的地砖先撬掉，以免被倒塌的院墙砸坏。于是王战河等人又停止拆院墙，转而开始撬地砖。在撬地面砖的过程中，院墙倒塌，导致王战河骨盆多发性骨折、胫骨骨折、肋骨骨折。王战河向郑平与钱放要求赔偿未果，遂向法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告王战河提出，钱放是工头，自己与其存在雇佣关系；自己是为郑平拆房的，且郑平之妻指挥不当，所以要求两被告连带赔偿医疗费等损失。

■ 被告钱放提出，其并非原告所说的工头，而是为被告郑平打工的，原告所受的损伤与被告钱放无任何关系，请求法院驳回原告要求其赔偿的诉讼请求。

■ 被告郑平提出，其与钱放是承揽合同关系，原告受雇于钱放，因此原告无权要求被告郑平予以赔偿，请求法院驳回原告要求郑平赔偿损失的诉讼请求。



【律师点评】

最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》) 第11条第1款规定:“雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害,雇主应当承担赔偿责任。”在本案涉及的拆墙事务中,被告钱放与原告王战河等参与拆墙的村民同工同酬,地位平等,并不享有特殊的权利或待遇,所以对于其他参与拆墙的村民来说,钱放的身份只是召集人而非雇主,其与原告王战河等人不存在雇佣关系。由此,对原告王战河提出的要求被告钱放给予赔偿的诉讼请求,不应支持。本案拆墙事宜,由被告钱放与郑平洽谈,洽谈时钱放的身份应视为王战河及钱放等人的代表人,此身份在后来王战河等人实际共同参与拆墙时得到了追认。对于由钱放等人共同参与拆墙,郑平事先在与钱放洽谈时没有作出限制性的约定,郑平之妻在现场时也未加以反对,所以应视为郑平对由王战河等人一起拆墙予以了认可。本案中需要完成的事务是拆除院墙,此项事务并不需要特殊的技能或特殊的工具、设备,钱放等人拆墙时,所提供的主要是劳动力。郑平与钱放约定的拆墙报酬是根据双方约定的劳动量(拆除围墙)而以定额包干的形式支付的劳动报酬。在具体的施工过程中,郑平之妻为避免地砖损坏,提出先拆地砖后拆院墙,这亦说明王战河等人的拆墙行为处于郑平一方一定程度的监管之下。综上所述,被告郑平与被告钱放之间以及被告郑平与原告王战河等其他参与拆除围墙的村民之间,并非承揽合同关系而是雇佣关系,其中郑平为雇主,钱放与王战河等人同为雇员。根据法律规定,雇员王战河在雇佣活动中受到损害,雇主郑平应当承担赔偿责任。

《民法通则》第131条规定:“受害人对于损害的发生也有过错的,可以减轻侵害人的民事责任。”《解释》第2条规定:“受害人对

同一损害的发生或者扩大有故意、过失的，依照民法通则第一百三十一条的规定，可以减轻或者免除赔偿义务人的赔偿责任。但侵权人因故意或者重大过失致人损害，受害人只有一般过失的，不减轻赔偿义务人的赔偿责任。适用民法通则第一百零六条第三款规定确定赔偿义务人的赔偿责任时，受害人有重大过失的，可以减轻赔偿义务人的赔偿责任。”郑平之妻回家后，在并不知道院墙可能会倒塌的情况下，为避免地砖受损提出先撬地砖后拆院墙，合乎情理。王战河在撬地砖时，知道院墙下面已经被撬过，作为具体的施工人，其本应当预见到该院墙所存在的危险，却疏于注意，致身体受到伤害，对此，应认定原告王战河存在重大过失。由于原告王战河存在上述重大过失，所以应当减轻雇主郑平的赔偿责任。鉴于此，对于原告王战河在本案中所受损害，原告王战河应承担主要责任，被告郑平应承担次要责任。

59. 雇主否认雇佣关系的，如何认定案件事实？

【案情】

万小明是某装修公司（未经工商登记，也未取得装修施工资质）负责人。2012年6月，将其承接的一项家装工程转包给何文，何文又将其转包给冯锐、刘哲两人。三人均不具有装修资质。孙海龙、万雨等人受冯锐、刘哲二人雇佣，进行装修施工。2012年11月，孙海龙在装修中因工负伤，住院治疗，花去各项医疗费用20000余元。孙海龙向人民法院起诉，要求冯锐、刘哲承担赔偿责任，何文、万小明负连带赔偿责任。其向法庭提交了工友万雨等人的书面证人证言，证明其是在受雇于冯锐、刘哲，从事装修施工的过程中受伤。但万雨等人未出庭作证。经法院查明：万小明对何文将工程转包给他人并不知情。

【争鸣】

■原告孙海龙诉称，原告受雇于被告冯锐、刘哲从事家庭装修，在工作中受伤，应当由雇主冯锐、刘哲承担赔偿责任。被告何文、万小明是该工程的发包人，其将装修工程承包给没有装修资质的被告冯锐、刘哲，根据最高人民法院司法解释关于“雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主承担连带赔偿责任”的规定，被告何文、万小明应当承担连带赔偿责任。

■被告何文辩称，其向被告万小明承包该装修工程，又转包给被告冯锐、刘哲。原告受被告冯锐、刘哲雇佣从事装修，与自己没有法律关系，无权要求自己承担赔偿责任。

■被告冯锐辩称，自己与被告刘哲共同承包被告何文的装修工程，聘请原告从事装修。被告刘哲与自己属于合伙关系，同为原告雇主，应当共同承担赔偿责任。

■被告刘哲辩称，自己并非原告的雇主，与被告冯锐之间也不是合伙关系。在此次装修施工中，自己是被告何文的雇工，由被告何文按50元/天标准支付工资。因此，原告的人身损害赔偿责任应当由其雇主和发包人承担，与自己无关。同时，其承认：自己与被告何文业务往来密切，既曾向被告何文承包工程，也曾受雇于被告何文。而被告何文雇请其的工资是100元/天。此次工程系被告冯锐向被告何文转包而来。

■被告万小明未答辩。



【律师点评】

本案的争议集中于被告刘哲与被告冯锐是否存在合伙承包关系，其是否原告的雇主？这是决定被告刘哲应否承担赔偿责任的前提条件。解决这一问题的关键是对本案的证据进行综合分析，以认定案件事实。《民事诉讼法》第63条规定："证据包括：（一）当事人的陈述；（二）书证；（三）物证；（四）视听资料；（五）电子数据；（六）证人证言；（七）鉴定意见；（八）勘验笔录。证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。"由于本案的当事人之间既没有雇佣合同，也没有承包协议等书面证据，给认定案件事实造成了可能。本案的证据除了当事人的陈述之外，还有原告提供的证人证言，即原

告的工友万雨等人书面证明原告是在受雇于冯锐、刘哲，从事装修施工的过程中受伤。该证言虽然能够证明被告刘哲与被告冯锐同为雇主，属于合伙承包关系，但由于万雨等人未出庭作证，依据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第69条第1项的规定，“下列证据不能单独作为认定案件事实的依据：……（二）与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言；……（五）无正当理由未出庭作证的证人证言”，万雨等人与原告有一定的利害关系，同时，其也没有不出庭的正当理由（健康原因等），所以，该证据不能单独证明案件事实，必须有其他证据相佐证。

因此，本案当中的当事人陈述的真实性和证明力的认定，就至关重要。《民事诉讼法》第75条规定：“人民法院对当事人的陈述，应当结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。”因此，当事人陈述虽然不能单独作为认定案件事实的依据，但在有其他证据相互佐证的情况下，经查证属实，也可以作为认定案件事实的根据。在本案中，原告与被告何文、冯锐的陈述以及原告提供的证人证言均证明被告冯锐与被告刘哲属于合伙承包关系，同为原告的雇主。而被告刘哲关于其是被告何文雇工，与被告冯锐不属于合伙承包关系的主张，只有其本人陈述，没有其他证据相佐证，证明力相对较弱。并且，被告的陈述中有相互矛盾的地方，不能前后一致、自圆其说。

被告刘哲辩称：此次工程系被告冯锐向被告何文转包而来。自己与被告冯锐之间不是合伙关系，并非原告的雇主。在此次装修施工中，自己是被告何文的雇工，由被告何文按50元/天标准支付工资。因此，原告的人身损害赔偿责任应当由其雇主和发包人承担，与自己无关。同时，其承认：自己与被告何文业务往来密切，既曾向被告何文承包工程，也曾受雇于被告何文。而被告何文雇请其的工资是100元/天。从其陈述中可以看出，首先，被告刘哲有承包此次工程的能力与可能；其次，其承认自己曾受雇于被告何文，工资是100元/天，

但又主张在此次施工中，自己作为被告何文的雇工，工资为50元/天，关于工资的陈述前后不一致；第三，被告刘哲一方面承认此次工程由被告何文转包给被告冯锐，但又主张自己是何文雇请的工人，相互矛盾。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第64条规定："审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。"第76条规定："当事人对自己的主张，只有本人陈述而不能提出其他相关证据的，其主张不予支持。"在本案中，根据上述司法解释的规定，通过逻辑推理，足以认定被告刘哲的陈述缺乏真实性，不能支持其主张的事实。但由于原告提供的证人证据的有瑕疵，原告与被告何文、冯锐的陈述虽然有一定的证明力，但对于认定被告刘哲与冯锐合伙关系的事实，仍然无法做到事实清楚、证据确凿。在这种情况下，如何认定案件事实呢？

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第73条第1款规定："双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认。"这就是通常所说的"高度盖然性"的证明标准，即在双方当事人举证、质证后，由审判人员判断哪一方的证据更有优势，即认定该证据材料符合法律真实的要求，对该证据予以采信。综合分析本案的当事人陈述与证人证言，原告与被告何文、冯锐的陈述以及原告的工友万雨等人的证言相互印证，与被告刘哲的陈述相比，证据较大优势，达到了"高度盖然性"的证明标准，应当予以采信，认定被告刘哲与被告冯锐合伙承包关系存在，两者同为原告雇主。

最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第11条规定："雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任，也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后，可以向第三人追偿。雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主承担连带赔偿责任。"在本案中，被告冯锐与刘哲合伙承包工程，雇请原告从事施工，双方形成了雇佣劳动关系。原告在施工中受到伤害，应当由雇主承担赔偿责任。

《住宅室内装饰装修管理办法》第22条规定："承接住宅室内装饰装修工程的装饰装修企业，必须经建设行政主管部门资质审查，取得相应的建筑业企业资质证书，并在其资质等级许可的范围内承揽工程。"被告冯锐与刘哲承包家庭装修工程，应当具有相应的资质。被告何文未经发包人同意，擅自将其承包的装修工程转包给不具有装修资质的被告冯锐与刘哲，应当与后者承担连带赔偿责任。被告万小明（其所有的装修公司未经工商登记，也不具有家庭装修资质）将工程承包给被告何文，何文也不具备相应资质，但原告并非被告何文雇请的工人，而是被告何文将工程转包后，转包该工程的被告冯锐与刘哲雇请的工人。并且，被告万小明对被告何文转包该工程给他人并不知情。因此，不能要求被告万小明承担连带赔偿责任。

60. 在建造民房过程中房主因帮工受伤的，责任由谁承担？

【案情】

刘瑜与方伟（具有承建民房资质）签订了民房建造承包合同，双方约定：方伟为刘瑜建造住宅一套，施工中的安全责任由方伟承担。在建房过程中，方伟将部分工程（吊装楼板）转包给了孙斗，每吊装一块楼板，报酬为10元。孙斗拥有吊装楼板的吊车一辆以及若干固定工人，专门从事吊装楼板业务，但无相应施工资质。在吊装楼板过程中，由于人手不够，方伟请刘瑜帮忙，但在施工中刘瑜被楼板碰伤。经住院治疗，花去各种费用20000多元。刘瑜要求方伟给予赔偿，遭拒绝，遂向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告刘瑜诉称，原告与被告签订民房建造承包合同，被告负责给原告建造住宅，施工中的安全责任由被告负责。施工中，被告请原告帮忙，造成原告损害的发生，按照承包合同的约定，被告应当承担赔偿责任。同时，自己与被告属于帮工关系。按照有关规定，帮工人因帮工活动遭受人身损害的，被帮工人应当承担赔偿责任。请求人民法院判决被告赔偿自己的各项损失20000余元。

■ 被告方伟辩称，原、被告属于建筑工程承包关系。经原告同意，被告将工程中的吊装楼板部分转包给第三人孙斗。原告协助吊装楼板，实为给第三人帮工，发生损害应当由第三人赔偿，与被告没有关系。



【律师点评】

在本案中，原告与被告签订了民房建造承包合同，双方约定：被告为原告建造住宅一套，施工中的安全责任由被告承担。因此，两者属于建筑工程承包关系，这一点是明确的。被告经原告同意，将承包工程中的吊装楼板施工部分转包给第三人，两者之间属于分包关系，而非雇佣关系。这从以下几点可以看出：首先，第三人专门从事吊装楼板业务，拥有相应的设备和人员。在施工过程中，被告既未提供设备，也未提供人员，而是由第三人自带设备和人员完成施工。人员的工资也由第三人发放，而非被告发放。其次，在施工中，被告请原告帮助吊装楼板，也是协助第三人完成任务，并非对施工过程进行指挥和管理。第三，被告与第三人约定的报酬形式是每吊装一块楼板，报酬为10元，符合承包关系的特征，与一般的雇佣关系下通常按照时间计算劳动报酬不符。所以，被告与第三人之间应当属于分包关系，而非雇佣关系。既然被告与第三人属于分包关系，原告协助吊装楼板，虽然是应被告请求，但实际上是给第三人帮工，而非给被告帮工。

在厘清本案当事人之间的法律关系后，我们来看看原告应当如何救济自己的权利。首先，原告与被告签订的民房建造承包合同中约定：施工中的安全责任由被告承担。现原告在施工中受到人身损害，被告违反了合同约定的安全保障义务，原告可以依据承包合同请求被告给予赔偿。其次，最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第14条第1款规定："帮工人因帮工活动遭受人身损害的，被帮工人应当承担赔偿责任。"原告协助第三人施工，与第三人是义务帮工关系，第三人应当承担赔偿责任。所以，原告也可以依据上述司法解释的规定，要求第三人给予赔偿。第三，被

告知道或者应当知道第三人没有相应的施工资质，仍然将工程的吊装楼板部分承包给第三人，主观上有过错；第三人没有相应的施工资质仍然承揽业务，进行施工，也有过错。两者的过错共同导致了原告损害的发生。《民法通则》第130条规定："二人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任。"所以，原告可以依据共同侵权，要求被告和第三人承担连带赔偿责任。

综上所述，原告可以基于不同的法律关系，要求被告、第三人或者两者共同赔偿自己的损失。但在多种请求权并存的情况下，当事人只能择一行使，而不能同时行使多个基于不同法律关系产生的请求权。在本案中，原告依据承包合同约定要求被告承担赔偿责任，并无不当。但并不是最佳选择，如果以共同侵权为由，要求被告和第三人承担连带赔偿责任，更能保障权利的实现。

特殊用工纠纷



61. 劳务派遣协议未约定具体工作岗位的，是否合法？

【案情】

甲公司从事劳务派遣业务。康晓明于2006年与甲公司签订了劳动合同。2007年6月，甲公司与乙公司签订劳务派遣协议，约定甲公司向乙公司派遣勤杂工若干名。派遣协议就工资、派遣期限等问题进行了约定，但未约定派遣人员的具体工作岗位。在甲公司与康晓明签订的劳动合同补充协议中也未就具体工作岗位进行约定。康晓明在乙公司上岗后才发现：公司里的各种杂务，包括清洁、保安、报刊信件的分发等均由勤杂工负责，工作量非常大，与约定的劳动报酬失衡。康晓明向甲公司和乙公司提出异议，要求明确工作岗位，参照劳动报酬公平、合理地确定勤杂人员的工作量，或者提高劳动报酬。两公司互相推诿，均要其找对方协商。由于问题得不到解决，康晓明向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决：驳回其申诉。康晓明不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告康晓明诉称，原告与被告甲公司签订的劳动合同以及被告甲公司与乙公司签订的劳务派遣协议均未句被派遣劳动者的工作岗位进行明确约定。劳动报酬与劳动者的实际工作量严重失衡，显失公平。请求人民法院判决对劳动合同与劳务派遣协议进行变更和补充，明确工作岗位，调整劳动报酬。

■ 被告甲公司辩称，根据劳务派遣协议，被告甲公司向被告乙

公司派遣劳务人员，具体工作岗位应当由甲公司进行分配。因岗位分配不清和工作量过大发生的争议，应当由原告与被告乙公司协商解决。

■ 被告乙公司辩称，被告乙公司与原告没有劳动关系，具体的岗位分配以及工作量问题，应当由被告甲公司与原告协商解决，由此发生纠纷，不应当以乙公司为被告。



【律师点评】

所谓劳务派遣，是指派遣单位（即与劳动者建立劳动关系的用人单位）将劳动者派遣到其他单位或个人（即用工单位），由用工单位安排劳动者进行工作并由用工单位支付劳动报酬的活动。劳务派遣涉及到三方关系，即派遣单位与被派遣劳动者、派遣单位与接受以劳务派遣形式用工的单位即用工单位，以及用工单位与被派遣劳动者等三个关系。理论界对于这三个关系的定性并不一致，实践中通常认为派遣单位与被派遣劳动者之间存在劳动关系，派遣单位向社会招用劳动者，并对应招合格的劳动者进行派遣，行使对劳动者的人事管理权，如处分、辞退权，同时派遣单位承担对劳动者的劳动报酬和社会福利等劳动法的义务。派遣单位与用工单位之间是民事关系，双方订立派遣协议确定双方权利义务，派遣单位根据用工单位的标准派遣符合要求的劳动者，用工单位根据协议向派遣单位支付报酬或管理费。而用工单位与被派遣劳动者之间构成的则是劳务关系，用工单位负责在劳动过程中对被派遣劳动者进行指挥和管理，劳动者遵守用工单位的规章制度。

《劳动合同法》第58条规定："劳务派遣单位是本法所称用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。劳务派遣单位与被派遣劳动

者订立的劳动合同，除应当载明本法第十七条规定的事项外，还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同，按月支付劳动报酬；被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。”第59条规定：“劳务派遣单位派遣劳动者应当与接受以劳务派遣形式用工的单位（以下称用工单位）订立劳务派遣协议。劳务派遣协议应当约定派遣岗位和人员数量、派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任。用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限，不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议。”

根据上述法律规定，劳务派遣单位是用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务，劳务派遣单位与劳动者形成正式劳动关系。如派遣单位承担依法招用劳动者、签订劳动合同以及解除劳动合同时支付经济补偿金、支付工资、参加社会保险并缴费等义务。劳务派遣单位要与被派遣劳动者订立书面劳动合同。劳动合同除了要有一般劳动合同的必备条款外，还要明确约定被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。而且，劳务派遣单位与被派遣劳动者至少要订立二年以上固定期限的劳动合同。劳动合同的期限本应当是由劳动合同双方约定。可以是固定期限的劳动合同，也可以是无固定期限的劳动合同，还可以是以完成一定工作为期限的劳动合同。就算固定期限的劳动合同，也是双方约定期限。但是《劳动合同法》就劳务派遣中的劳动合同的期限规定了法定期限，即不得少于二年，可以多于二年。

劳务派遣单位派遣劳动者应当与用工单位订立劳务派遣协议，此协议性质上应当属于民事合同。在该派遣协议中，应当明确派遣岗位和人员数量、派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以

及违反协议的责任等内容。这里，派遣岗位是指被派遣劳动者在用工单位中将被安排的工作性质、职位；派遣期限是指被派遣劳动者依派遣单位的派遣受用工单位指挥、管理的时间。在劳务派遣协议中明确劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任等内容，将有利于明确派遣单位与接受以劳务派遣形式用工的单位（即用工单位）的权利义务，从而避免发生争议时派遣单位与用工单位互相推诿现象的出现，有利于劳动者合法劳动权益的保护。

用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限，不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议。在订立劳务派遣协议时，用工单位与劳务派遣单位应当遵循实际需要的原则来确定派遣期限。此外，将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议是不允许的。分割订立数个短期劳务派遣协议往往成为相关单位实践中躲避社会保险、正常的工资调整等的手段，这对劳动者合法劳动权益是一种侵害，对其进行禁止，有利于保护劳动者合法劳动权益。

在本案中，不论是原告与被告甲公司签订的劳动合同，还是两被告之间签订的劳务派遣协议，均未就劳动者的具体工作岗位进行约定，缺乏法律规定的劳务派遣协议与劳动合同的必备条款，从而造成劳动者工作岗位不明、工作量过大、劳动报酬过低等侵犯劳动者合法权益的情况。因此，对涉案的劳动合同与劳务派遣协议应当变更和补充，明确劳动者的工作岗位以及工资量，适当调整劳动报酬。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第10条规定："劳动者因履行劳动力派遣合同产生劳动争议而起诉，以派遣单位为被告；争议内容涉及接受单位的，以派遣单位和接受单位为共同被告。"《劳动争议调解仲裁法》第22条规定："发生劳动争议的劳动者和用人单位为劳动争议仲裁案件的双方当事人。劳务派遣单位或者用工单位与劳动者发生劳动争议的，劳务派遣单位和用工单位为共同当事人。"因此，原告以甲、乙两公司为本案的共同被告是正确的。

62. 保安公司派遣到企业的保安因履行职务造成他人伤害，由谁承担赔偿责任？

【案情】

田强是某保安公司的保安。根据保安公司与某企业签订的保安服务合同，田强被派往某企业从事保安工作。合同约定：保安公司委派保安人员至某企业，承担门卫和治安工作，在企业内值勤；某企业付给保安公司保安服务费，在执勤过程中发生纠纷由保安公司负责处理。工作职责包括：保安公司承包企业门卫、治安保卫工作，负责厂内的防火、防盗，打击流氓犯罪，维持企业正常工作秩序。2007 年 8 月某日，某企业举办文娱活动。田强在值勤的过程中发现有小偷，在捉拿中，小偷将所窃钱包丢下，向企业大门外跑去。田强遂追赶至大门外，由于速度较快，不慎将路上行人郑辰撞倒。经鉴定：郑辰的 L1、L2 椎体压缩性骨折，左尺横骨远端骨折，骨痂形成，轻度成角，伤残等级为八级伤残。郑辰要求保安公司与某企业赔偿，由于双方未能协商一致，遂向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告郑辰诉称，将自己撞伤的田强无疑属执行职务中致人损害，故应由田强所在单位保安公司承担民事责任。田强系保安公司委派至某企业从事保安的人员之一，田强与某企业具有劳务关系，某企业亦应承担连带赔偿责任。

■ 被告保安公司辩称，从本案实际情况看，原告受伤是在特定

情况下发生的，本案与一般人身损害赔偿应有区别。保安田强是在工作过程中发现小偷、拼命追赶、不慎致原告受伤，对这一见义勇为行为应积极弘扬。某企业系受益方，亦应分担一定的损失，承担一定责任。

■ 被告某企业辩称，原告要求企业承担连带责任无事实及法律依据。保安公司与某企业已建立了长期的保安服务合同关系。本案保安田强在执勤中发生的和第三人之间的人身损害赔偿纠纷，理应按照双方约定由执勤人员田强的派出单位负责处理，与该企业无关。田强本人并未与某企业签订合同，不是保安合同中独立的一方，他是保安公司的雇员，与某企业无劳动关系。关于保安服务费，某企业是直接向保安公司交的，也与个人没有关系。田强所在单位保安公司与某企业之间是一种专项服务合同关系，并不是一般意义的劳务关系。要求法院驳回原告要求其赔偿的诉讼请求。



【律师点评】

根据公安部《关于保安服务公司规范管理的若干规定》的规定，保安服务公司是为社会提供专业化、有偿安全防范服务的特殊性企业，是协助公安机关维护社会治安，预防和减少违法犯罪的重要力量。该公安部规章第 12 条亦规定了保安人员的五项职责，其中有落实防火、防盗、防爆炸、防破坏等治安防范措施；对发生在执勤区域内的刑事案件、治安案件和治安灾害事故，及时报告当地公安机关和客户单位，采取措施保护发案现场，协助公安机关维护发案现场秩序；对现行违法犯罪行为应当及时制止，对现行违法犯罪嫌疑人应当扭送公安机关处理等等。

目前，不少企事业单位、机关团体与保安服务公司签订合同，要

求保安公司提供安全服务。本案中，某企业与保安公司就签订了专项服务合同并约定：保安公司承包该企业门卫、治安保卫工作，负责院内的防火、防盗，打击流氓犯罪，维持某企业正常工作秩序。可见，专就防盗来讲，该合同明确规定了保安应当履行的职责，这是保安公司与客户的约定职责，必须履行。只要属于企业管理范围之内的偷窃，保安就有义务防盗。保安田强追赶小偷，是其履行合同义务、积极履行职责的表现。

最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第8条规定："法人或者其他组织的法定代表人、负责人以及工作人员，在执行职务中致人损害的，依照民法通则第一百二十一条的规定，由该法人或者其他组织承担民事责任。上述人员实施与职务无关的行为致人损害的，应当由行为人承担赔偿责任。"《劳动合同法》第58条规定："劳务派遣单位是本法所称用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。"田强与保安公司具有劳动关系，保安公司应当承担用人单位的责任。原告郑辰在购物时被保安田强撞倒，造成八级伤残，田强系保安公司派往某企业执行保安任务的工作人员，因此对田强在履行职务过程中造成他人人身损害，依法应由其单位即保安公司承担责任。田强对外虽是被告某企业的保安人员，但由于某企业因与保安公司签订有长期的保安服务合同，田强实际上履行的是保安公司委派的职责，因此被告某企业亦不应承担本案的民事赔偿责任。

63. 保洁公司派遣到用工单位的劳动者索要加班费的，应当以谁为被告？

【案情】

杨军受雇于某保洁公司，双方签订了劳动合同。2008年5月，杨军被保洁公司派遣到某科技公司担任保洁员。保洁公司与科技公司签订的劳务派遣协议中约定：保洁员的工资为800元/月，由科技公司按月支付给保洁公司，同时支付相当于保洁员工资报酬20%的劳务派遣费。2008年“十一”前后，某公司筹备庆典活动，保洁工作量大幅度增加。杨军与其他保洁员为此加班加点。过后，杨军要求某科技公司支付加班费，遭到拒绝，遂向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决：杨军的用工形式属于劳务派遣，与某科技公司不存在劳动关系，用人单位是某保洁公司。杨军因劳动报酬支付问题提出异议的，应当以保洁公司为对象。遂以仲裁申诉的主体不适格为由，作出不予受理的决定。杨军不服仲裁裁决，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告杨军诉称，加班费不属于工资，不在被告支付给第三人保洁公司，由保洁公司与原告结算的劳动报酬之内。原告在被告筹备庆典期间多次加班，应当由被告支付加班费。请求人民法院判决被告履行支付义务。

■被告某科技公司辩称，原、被告之间不存在劳动关系。原告的劳动报酬由被告支付给第三人保洁公司。原告因劳动报酬问题提起

诉讼，应当以第三人为被告。仲裁裁决正确，请求人民法院予以维持。



【律师点评】

《劳动合同法》第58条规定："劳务派遣单位是本法所称用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。"在劳务派遣法律关系中，劳务派遣单位是用人单位，实际用工单位与被派遣劳动者之间不存在劳动关系，但这并不意味着用工单位对劳动者不承担任何义务。《劳动合同法》第62条第1款规定："用工单位应当履行下列义务：(一)执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护；(二)告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬；(三)支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇；(四)对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训；(五)连续用工的，实行正常的工资调整机制。"《〈劳动合同法〉实施条例》第29条规定："用工单位应当履行劳动合同法第六十二条规定的义务，维护被派遣劳动者的合法权益。"根据上述法律规定，用工单位对劳动者承担以下几项义务：

(一)执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护。劳动条件是指劳动者完成劳动任务的必要条件，如必要的劳动工具、工作场所、劳动经费、技术资料等必不可少的物质技术条件和其他工作条件。劳动保护，是指用工单位为了保障劳动者在劳动过程中的身体健康与生命安全，预防伤亡事故和职业病的发生而采取的有效措施。在生产劳动过程中，存在着各种不安全、不卫生的因素，国家为了保障劳动者的身体健康和生命安全，通过制定相应的法律和行政法规，规定劳动保护规则，以保护劳动者的健康和安全。在劳动保护方面，

凡是国家有标准规定的，用工单位必须按照国家标准执行，不得使劳动者的生命安全受到威胁、身体健康受到侵害。

（二）告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬。工作要求是指用工单位安排劳动者从事的岗位对劳动者的能力和绩效要求。劳动报酬是指劳动者在用工单位的工作岗位付出劳动后所应得的工资。被派遣劳动者的工资是由劳务派遣单位与用工单位之间协议约定的，劳动者在用工单位劳动，理应知道自己的劳动报酬所得。《劳动合同法》第60条第2款规定："劳务派遣单位不得克扣用工单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动报酬。"用工单位的告知义务可以有效地保护被派遣劳动者的合法权益。

（三）由于用人单位在生产经营过程中，可能会出现加班加点的情况，而加班费的支付与数额不可能在劳务派遣协议中与劳务派遣单位事先约定。绩效奖金是一个时期或者一项任务的完成而按照劳动者劳动绩效计算、发放的奖金，也不能事先约定。提供与工作岗位相关的福利待遇是体现劳务工与用工单位其他职工同工同酬。因此，加班加点工资报酬的加班费、绩效奖金、与工作岗位相关的福利待遇等都应当在劳务派遣单位支付的工资之外，由用工单位向被派遣劳动者支付。

（四）对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训。派遣单位应当按照用工单位的要求派遣符合后者要求的劳动者。但如果用工单位在接受被派遣劳动者后认为按照本单位的岗位需要须进一步对劳动者进行培训的，则由用工单位自己负责对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训，该费用由用工单位承担。

（五）连续用工的，实行正常的工资调整机制。这主要是要求用人单位被派遣劳动者的工资随着工作时间的长短，根据有关规定，按照工资调整机制得到提高。

因此，本案中的加班费应当由被告支付给原告，不包括在被告支

付给第三人保洁公司，由保洁公司与原告结算的劳动报酬中。劳务派遣协议也明确约定：被告支付给第三人的是工资，不包括加班费。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》第10条规定："劳动者因履行劳动力派遣合同产生劳动争议而起诉，以派遣单位为被告；争议内容涉及接受单位的，以派遣单位和接受单位为共同被告。"但本案的情况比较特殊，是实际用工单位不履行法定的义务而产生的纠纷，并非派遣单位的责任，因此，没有必要将劳务派遣单位列为共同被告。实际上，由劳务派遣单位作为用人单位代表劳动者参加诉讼，维护劳动者权益，更为妥当。



64. 非全日制用工的劳动者能否在两个以上的用人单位兼职?

【案情】

秦玮于2007年6月到某公司做保洁工。双方口头约定：秦玮的工作时间是早、晚各2小时；报酬为6元/小时。加班的，按照国家规定给予加班费。同时，按工资比例的20%发给奖金。该公司员工守则明确规定：员工不得兼职，一经发现，扣发奖金。2007年10月，秦玮又在某送气站找到一份兼职工作。某公司发现后，即告知秦玮终止劳动关系，并扣发其当月奖金。秦玮不服，向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决：某公司终止劳动关系的决定有效，但应当补发秦玮被扣除的奖金。秦玮对仲裁裁决依然不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告秦玮诉称，原告是被告雇佣的小时工，不是正式员工，不受被告禁止职工兼职规定的约束。被告以原告兼职为由终止与原告的劳动关系，扣发奖金，侵犯了原告的权益。要求补发奖金并继续履行劳动合同。

■ 被告某公司辩称，根据法律规定，原告属于非全日制用工，被告有权随时终止劳动关系。原告违反被告制定的规章制度，扣发其奖金并无不当。



【律师点评】

劳动和社会保障部《关于非全日制用工若干问题的意见》（劳社部发［2003］12号）第13条规定："从事非全日制工作的劳动者与用人单位因履行劳动合同引发的劳动争议，按照国家劳动争议处理规定执行。"第14条规定："劳动者直接向其他家庭或个人提供非全日制劳动的，当事人双方发生的争议不适用劳动争议处理规定。"原告与被告之间的劳动关系属于非全日制用工，发生劳动争议，应当按照先仲裁后诉讼的程序进行处理。

非全日制用工，又称小时工，目前在我国已经非常普遍。根据《劳动合同法》的定义，"非全日制用工，是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式。"（第68条）但家庭或者个人雇佣的小时工，不属于《劳动合同法》规定的非全日制用工，因为家庭和个人不属于该法规定的用人单位，与其雇佣的小时工之间的关系不属于劳动关系，而是一般的雇佣关系。《劳动合同法》第2条第1款规定："中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。"

《劳动合同法》在劳动和社会保障部《关于非全日制用工若干问题的意见》（劳社部发［2003］12号）的基础上，进一步完善了非全日制用工的法律规范。包括：非全日制用工双方当事人可以订立口头协议（第69条第1款）；非全日制用工双方当事人不得约定试用期（第70条）；非全日制用工小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准。非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过十五日（第72条）。《劳动合同法》第69条第2款规定："从

事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同；但是，后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。”根据该条的规定，非全日制用工中可以有双重或者多重劳动关系。

关于“劳动者能否同时与两个以上用人单位建立劳动关系，即劳动者能否兼职”的问题，我国一直主张劳动关系单一化，对双重或者多重劳动关系持保留态度。1994 年《劳动法》尽管没有明确禁止双重或多重劳动关系，但在第 99 条中规定：“用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成经济损失的，应当依法承担连带赔偿责任。”《劳动法》第 99 条规定了用人单位的连带赔偿责任，实际上是引导了用人单位尽量不要招用尚未解除劳动合同的劳动者。《劳动合同法》反对劳动者兼职的态度更为鲜明，主要有两方面规定：第一，在第 39 条中规定：劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响或者经用人单位提出，拒不改正的，用人单位可以解除劳动合同。该规定实际上赋予了用人单位解除兼职劳动者的权利，一经用人单位提出不赞同兼职的意见，劳动者拒不改正兼职行为的，用人单位就可以解除劳动合同。因此，最后剩下的还是单一劳动关系。第二，在第 91 条中规定，用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，对原用人单位造成损失的。应当承担连带赔偿责任。这条是对招用兼职劳动者的用人单位不利的规定，立法者通过经济手段，引导用人单位不用兼职劳动者。

非全日制用工中可以有双重或者多重劳动关系，即从事非全日制用工的劳动者可以兼职。这是非全日制用工不同于全日制用工的显著区别之一。由于本法明确规定非全日制用工可以有双重或者多重劳动关系，因此非全日制用工不适用劳动合同法第 37 条和第 91 条的规定，也不适用劳动法第 99 条的规定。在我国历来反对劳动者兼职，且现在还是反对的情况下，为什么允许非全日制用工中有兼职现象呢？这主要与非全日制用工自身特点有关。首先，非全日制用工中，劳动关系

比较松散，既存的劳动关系中，劳动者对用人单位的依附性较低，且劳动关系的存续有着很大的不确定性，要求劳动者为一个随时结束的劳动关系而放弃另外一个工作是不合理的。其次，非全日制用工的工作时间比较短，每天工作时间不超过四小时，因此非全日制用工中劳动者有较多的空闲时间，一般不会因为从事其他工作而影响开展现有工作。再次，从人道主义出发，非全日制用工的时间较短，因此非全日制用工中劳动者的收入是较低的，为维持劳动者基本生活，提高劳动者的生活质量，应当允许非全日制用工中劳动者凭借自身能力，从事两种或者两种以上的工作。但需要注意两点：一是允许非全日制用工中双重或者多重劳动关系，这里的劳动关系都是非全日制劳动关系，劳动者不能从事一项非全日制工作，同时兼另一项全日制工作。二是允许非全日制用工中双重或者多重劳动关系不是毫无约束的，必须满足“后订立的劳动合同不得影响先订立劳动合同的履行”的前提。

回到本案，原告属于被告聘请的保洁小时工，是非全日制用工。原告在与被告建立劳动关系的同时，还可以到其他用人单位兼职，建立非全日制用工关系。被告不能以规章制度限制原告作为劳动者享有的合法权利。因此，被告以原告兼职为由，采取扣发奖金的形式对其进行处罚，是错误的。即便是与被告建立全日制劳动关系的专职员工，如果在其他单位兼职，被告可以对其进行纠正，要求其解除与其他单位的劳动关系，员工拒不改正的，可以解除劳动关系。但劳动者合法的劳动报酬，包括工资、奖金等，被告无权克扣。同时，根据《劳动合同法》第 71 条规定：“非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工，用人单位不向劳动者支付经济补偿。”在非全日制用工关系下，劳动关系的任何一方不需要法律规定的事由和程序，均可以随时通知对方终止劳动关系。被告终止与原告的劳动关系并不违反法律规定，也不需要支付经济补偿。原告继续履行劳动合同的主张不成立。

劳动争议处理



65. 将职工开除但未给予书面通知的，如何确定仲裁时效？

【案情】

燕涛是某厂职工。2006年底，由于某厂经济效益下滑，职工工资、奖金均无着落，部分职工自动离岗，燕涛于2007年1月离开某厂，外出自谋职业。2007年8月，某厂经研究决定，将燕涛除名，但未书面通知其本人。2007年11月，燕涛回厂要求安排工作，某厂告知其已被开除。燕涛不服，于11月底向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决：仲裁申请已经超过仲裁时效，不予受理。燕涛不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告燕涛诉称，被告作出的开除决定未书面通知原告，不具有法律效力。请求人民法院确认该决定无效，由被告给原告安排工作并保证原工资福利待遇不变。

■ 被告某厂辩称，原告因长期旷工，被告已将其开除，双方劳动关系已经解除。原告的仲裁申请已经超过仲裁申诉时效，请求人民法院驳回原告诉讼请求。



【律师点评】

本案的关键在于原告的仲裁申请是否超过了仲裁时效。首先需要说明的是，2008年5月1日起施行的《劳动争议调解仲裁法》第27

条第1款规定:“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。”该法将劳动争议申请仲裁的时效期间从60日延长到1年，加强了对劳动者权益的保护力度。但本案发生于《劳动争议调解仲裁法》实施之前，应当按照当时的有关规定处理。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2001〕14号)第3条规定:“劳动争议仲裁委员会根据《劳动法》第八十二条之规定，以当事人的仲裁申请超过六十日期限为由，作出不予受理的书面裁决、决定或者通知，当事人不服，依法向人民法院起诉的，人民法院应当受理;对确已超过仲裁申请期限，又无不可抗力或者其他正当理由的，依法驳回其诉讼请求。”如果原告的申诉超过了仲裁时效，人民法院将驳回其诉讼请求。在被告作出出名决定但未按照法定程序书面通知原告的情况下，仲裁时效该如何计算呢?

关于劳动争议的仲裁和诉讼时效,《劳动法》第82条规定:“提出仲裁要求的一方应当自劳动争议发生之日起六十日内向劳动争议仲裁委员会提出书面申请。仲裁裁决一般应在收到仲裁申请的六十日内作出。对仲裁裁决无异议的，当事人必须履行。”第83条规定:“劳动争议当事人对仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。一方当事人在法定期限内不起诉又不履行仲裁裁决的，另一方当事人可以申请人民法院强制执行。”由此可见,“劳动争议发生之日”是仲裁时效的起算点，对于计算劳动争议仲裁时效的期间具有决定性意义。

最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》(法释〔2006〕6号)第1条规定:“人民法院审理劳动争议案件，对下列情形，视为劳动法第八十二条规定的‘劳动争议发生之日’:(一)在劳动关系存续期间产生的支付工资争议，用人单位能够证明已经书面通知劳动者拒付工资的，书面通知送达之日为劳

动争议发生之日。用人单位不能证明的，劳动者主张权利之日为劳动争议发生之日。(二) 因解除或者终止劳动关系产生的争议，用人单位不能证明劳动者收到解除或者终止劳动关系书面通知时间的，劳动者主张权利之日为劳动争议发生之日。(三) 劳动关系解除或者终止后产生的支付工资、经济补偿金、福利待遇等争议，劳动者能够证明用人单位承诺支付的时间为解除或者终止劳动关系后的具体日期的，用人单位承诺支付之日为劳动争议发生之日。劳动者不能证明的，解除或者终止劳动关系之日为劳动争议发生之日。"

在本案中，被告于2007年8月将原告开除，即解除劳动关系，但未给原告以书面通知。原告于2007年11月回厂要求安排工作时才获悉自己已被开除。在这种情况下，结合上述司法解释的规定，原告主张权利之日为劳动争议发生之日，处理中可以将原告回厂要求安排工作之日作为原告主张权利之日，其于2007年11月底向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，未超过60日的仲裁时效。因此，劳动争议仲裁委员会作出的不予受理的决定错误，应当予以撤销，同时确认被告作出的开除决定无效。

66. 劳动者与用人单位不在同一地点，如何确定劳动争议的管辖机构？

【案情】

李蕾是甲市居民。2012年3月，李蕾被乙市某公司招聘为职工，工作地点为某公司驻甲市办事处。2012年8月，李蕾与某公司因劳动报酬问题发生争议，向甲市劳动争议仲裁委员会申请仲裁。某公司提出管辖异议，认为应当由乙市劳动争议仲裁委员会管辖，被驳回。此后，李蕾对劳动争议仲裁裁决不服，向人民法院提起诉讼，某公司再次提出管辖异议，认为该案应当由乙市人民法院管辖。

【争鸣】

■ 原告李蕾认为，原告是甲市居民，工作地点也在甲市，本案应当由甲市劳动争议仲裁委员会和人民法院管辖。

■ 被告某公司认为，《民事诉讼法》第21条第2款规定："对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。"受理本案的人民法院应当是被告所在地——乙市的人民法院。



【律师点评】

最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2001〕14号）第8条规定："劳动争议案件由用人单位所在地或者劳动合同履行地的基层人民法院管辖。劳动合同履行地不

明确的，由用人单位所在地的基层人民法院管辖。”2008 年 5 月 1 日起施行的《劳动争议调解仲裁法》第 21 条第 2 款规定：“劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖。”

因此，本着方便劳动者向劳动争议仲裁机构申诉的原则，劳动者与向其发放工资的用人单位不在同一地点的，劳动争议应当由劳动合同履行地，即劳动者实际履行劳动义务地劳动争议仲裁机构或人民法院管辖。也可以由劳动关系双方当事人约定的劳动争议仲裁委员会管辖，或者在劳动合同履行地不明确时，由用人单位所在地的人民法院管辖。《劳动争议调解仲裁法》实施之后，劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会都有管辖权。但如果双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会享有优先管辖权。在本案中，原告与向其发放工资用人单位不在同一地点，但原告在甲市履行劳动义务，劳动争议应当由甲市仲裁机构管辖。所以，原告提起的诉讼也应当由甲市人民法院管辖。被告提出的管辖异议不成立。

67. 劳动者违反竞业禁止协议发生的纠纷是否属于劳动争议?

【案情】

刘力于2004年到某企业担任技术员。双方签订了期限为3年的劳动合同，在劳动合同中约定：刘力应当保守某企业的技术秘密；劳动合同期限届满后，刘力不同意续订劳动合同的，在2年之内不得到与某企业有竞争关系的其他单位任职，也不得自己开业生产同类产品；某企业在劳动关系终止后按月给予刘力相当于辞职前工资50%的经济补偿；刘力违反竞业禁止义务的，应当支付违约金50000元。2007年7月，劳动合同期限届满，刘力没有与某企业续订劳动合同。某企业按照劳动合同的约定，按月给予刘力竞业限制的经济补偿。但2007年11月，某企业发现刘力已经到与该企业生产、经营同类产品的另一家企业任职。某企业遂向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告某企业诉称，被告违反劳动合同约定的保密义务和竞业限制义务，应当承担违约责任。由于本案的纠纷发生在劳动关系依法终止之后，不属于劳动争议，无须劳动争议仲裁，属于人民法院直接受理的普通民事纠纷。

■ 被告刘力辩称，本案属于因履行劳动合同中的保密和竞业禁止条款而发生的纠纷，属于劳动争议。被告未申请劳动争议仲裁，直接向人民法院起诉，违反法定程序。



【律师点评】

所谓竞业禁止，就是指特定地位的人或掌握原从业公司（企业）商业秘密的人基于法律规定或合同约定，在任职期内或解除雇佣、劳动关系后的一定期限内，不得自营或为他人经营与其所任职或原任职企业相同或类似的营业。《劳动合同法》对竞业禁止问题做了详细的规定，如第23条规定："用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。"第24条规定："竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。"第90条规定："劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。"

在本案中，原、被告签订的劳动合同中约定了劳动者的保密义务以及竞业禁止义务。并对竞业禁止的经济补偿问题、竞业禁止期限问题进行了约定，符合劳动合同法的规定，合法有效。被告在劳动关系终止后，违反上述义务，到与原告生产、经营同类产品的企业任职，明显违反了竞业禁止义务，应当承担违约责任。而本案的

关键是劳动关系终止后，劳动者与原用人单位因履行竞业禁止义务发生的纠纷，是否属于劳动争议？原告在未经劳动争议仲裁的情况下，直接向人民法院起诉，要求被告承担违约责任，是否合法？下面，我们逐一分析哪些争议属于劳动争议。在此基础上才能确定原、被告之间的纠纷是否属于劳动争议，应否适用劳动争议仲裁前置的程序。

2008 年 5 月 1 日起施行的《劳动争议调解仲裁法》第 2 条规定："中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：(一) 因确认劳动关系发生的争议；(二) 因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议；(三) 因除名、辞退和辞职、离职发生的争议；(四) 因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议；(五) 因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议；(六) 法律、法规规定的其他劳动争议。"之前适用的《企业劳动争议处理条例》第 2 条规定："本条例适用于中华人民共和国境内的企业与职工之间的下列劳动争议：(一) 因企业开除、除名、辞退职工和职工辞职、自动离职发生的争议；(二) 因执行国家有关工资、保险、福利、培训、劳动保护的规定发生的争议；(三) 因履行劳动合同发生的争议；(四) 法律、法规规定应当依照本条例处理的其他劳动争议。"最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第 1 条规定："劳动者与用人单位之间发生的下列纠纷，属于《劳动法》第二条规定的劳动争议，当事人不服劳动争议仲裁委员会作出的裁决，依法向人民法院起诉的，人民法院应当受理：(一) 劳动者与用人单位在履行劳动合同过程中发生的纠纷；(二) 劳动者与用人单位之间没有订立书面劳动合同，但已形成劳动关系后发生的纠纷；(三) 劳动者退休后，与尚未参加社会保险统筹的原用人单位因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险费而发生的纠纷。"根据上述行政法规

和司法解释的规定，以下几种情况属于劳动争议：

(1) 劳动者与用人单位在履行劳动合同过程中发生的纠纷。《劳动法》第16条规定：“劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议。建立劳动关系应当订立劳动合同。”《劳动合同法》第2条规定：“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。”建立有劳动合同关系的用人单位和劳动者，在履行劳动合同过程中发生的纠纷是典型的劳动争议。最高人民法院司法解释将用人单位和劳动者在履行劳动合同过程中，因劳动权利和劳动义务发生的所有纠纷，全部纳入人民法院受理的案件范围之内，同时也将《企业劳动争议处理条例》第2条规定的四项劳动争议涵盖在履行劳动合同过程之中，有利于保护劳动者利益。

(2) 劳动者与用人单位之间没有订立书面劳动合同，但已形成劳动关系后发生的纠纷。《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》第2条规定：“中国境内的企业、个体经济组织与劳动者之间，只要形成劳动关系，即劳动者事实上已成为企业、个体经济组织的成员，并为其提供有偿劳动，适用劳动法。”第82条规定：“用人单位与劳动者发生劳动争议不论是否订立劳动合同，只要存在事实劳动关系，并符合劳动法的适用范围和《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》的受案范围，劳动争议仲裁委员会均应受理。”因此，劳动者与用人单位没有订立劳动合同，但已形成事实劳动关系，并因事实劳动关系发生的劳动权利和劳动义务纠纷，也属于劳动争议案件。

(3) 劳动者退休后，与尚未参加社会保险统筹的原用人单位

因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险费而发生的纠纷。将劳动者退休后，与尚末参加社会保险统筹的原用人单位，因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险费而发生的争议确定为劳动争议。这主要是考虑劳动者退休后，虽与原用人单位不存在劳动关系，但他们所享有的养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险待遇，是基于过去在劳动岗位上履行劳动义务为前提条件的，因此，由此发生的争议可视为劳动争议。

至于将用人单位限定为是尚未参加社会保险统筹的，是因为按照《劳动法》、国务院发布的《社会保险费征缴暂行条例》等规定，我国实行社会统筹保险制度，保险费统一由税务机关和劳动保障行政部门设立的社会保险经办机构向国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业和其他城镇企业等单位及其职工征收、征缴和管理。这就将劳动合同中关于社会保险待遇的劳动权利义务转化为一种行政管理的权力内容，此时因社会保险待遇发生的纠纷应属于行政诉讼，争议双方为社会保险管理机构与企业或劳动者，不属于《劳动法》规定的劳动争议范围。

但由于目前我国还有一些地区和单位尚未参加社会统筹保险，有关社会保险待遇的问题仍是劳动合同关系中的权利义务内容，因追索社会保险待遇而发生争议的主体，仍是用人单位和劳动者，属于《劳动法》规定的劳动争议。因此，现行规定将因社会保险待遇发生争议的主体限定为尚未参加社会保险统筹的企业和劳动者。参加了社会统筹保险的，因社会保险费的征收，发放、领取发生的纠纷，属于行政诉讼。如在实际社会生活中，许多社会保险管理机构不积极履行自身管理职责，致使社会保险金额不足，因发放和领取社会保险费问题而引发大量的纠纷，就属于行政诉讼，不是劳动争议。

根据上述分析，可以看出：在劳动关系解除或终止之后，劳动者与原用人单位发生的纠纷只有一种情况可以列为劳动争议，即劳动者退休后，与尚未参加社会保险统筹的原用人单位因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险费而发生的纠纷。除此之外的劳动争议，都是劳动关系存续期间，劳动者与用人单位因劳动权利义务发生的纠纷。在本案中，劳动者的保密义务和竞业禁止义务虽然也是在劳动合同中约定的，在这个意义上，因履行该义务发生的纠纷也可以说是因履行劳动合同发生的纠纷，但纠纷发生时，原告与被告的劳动关系已经依法终止，将该争议认定为劳动争议，与现行规定的精神不符。因此，本案不属于劳动争议，可以直接向人民法院起诉，不需要经过劳动争议仲裁。



68. 农忙时节帮工受伤引起纠纷的，是否属于劳动争议？

【案情】

2011年9月，正值农忙时节，某村居民罗琛由于家里缺乏劳动力，遂请同村居民李振海帮工，商定每日报酬30元。在运输过程中，李振海不慎从拖拉机挂斗内跌落，造成右臂骨折，治疗期间花去各种费用2000多元。李振海要求罗琛赔偿损失，遭到罗琛拒绝，遂向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告李振海诉称，自己受雇于被告从事农业生产活动，期间受到人身伤害，被告作为雇主应当承担赔偿责任。

■ 被告罗琛辩称，原告的人身损害是由于其自身疏忽大意造成的，责任由应当原告自行承担。同时，本案应当属于劳动争议，应当先经劳动争议仲裁。直接向人民法院起诉的，不应受理。



【律师点评】

最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第7条规定："下列纠纷不属于劳动争议：（一）劳动者请求社会保险经办机构发放社会保险金的纠纷；（二）劳动者与用人单位因住房制度改革产生的公有住房转让纠纷；（三）劳动者对劳动能力鉴定委员会的伤残等级鉴定结论或者对职业病诊断鉴定委员会的职

业病诊断鉴定结论的异议纠纷；（四）家庭或者个人与家政服务人员之间的纠纷；（五）个体工匠与帮工、学徒之间的纠纷；（六）农村承包经营户与受雇人之间的纠纷。”根据上述司法解释的规定，以下几种情况不属于劳动争议，不需要先经劳动争议仲裁机构仲裁，可以直接向人民法院提起诉讼。

（1）劳动者请求社会保险经办发放机构发放社会保险金的纠纷。社会保险虽然与商业保险的存在诸多区别，但是有一点是共同的，那就是所规定的保险事由出现以后，社会保险的参加者也就是劳动者拥有同样的要求社会保险经办发放机构发放社会保险金的权利。从这一点来说，劳动者与社会保险经办发放机构是平等的关系，他们之间建立社会保险关系的基础是劳动者履行社会保险义务、缴纳了社会保险费，而不完全是劳动关系，那么在社会保险金发放的事由出现以后，如果劳动者按照法律的规定履行了社会保险义务，缴纳了社会保险费，而社会保险机构拒绝发放保险金，劳动者不应该按照劳动争议的解决程序先向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，而是直接向人民法院提起诉讼即可。

（2）劳动者与用人单位因住房制度改革发生的公有住房转让纠纷。国务院《关于深化城镇住房制度改革的决定》规定：“城镇公有住房，除市（县）以上人民政府认为不宜出售的外，均可向城镇职工出售。”用人单位的公有住房出售给劳动者虽然依据的是国家的政策，但是从其性质上来说，劳动者作为房屋的买方，用人单位作为房屋的卖方，是明显的买卖合同关系，具有债的性质。因此，我们不能仅仅凭借这种纠纷发生在用人单位和劳动者之间而将其规定为劳动争议，按照劳动争议的解决程序解决。

（3）劳动者对劳动能力鉴定委员会的伤残等级鉴定结论或者对职业病诊断鉴定委员会的职业病诊断鉴定结论的异议纠纷。《工伤保险条例》规定：劳动能力鉴定由用人单位、工伤职工或者其近亲属

向设区的市级劳动能力鉴定委员会提出申请，并提供工伤认定决定和职工工伤医疗的有关资料。申请鉴定的单位或者个人对设区的市级劳动能力鉴定委员会作出的鉴定结论不服的，可以在收到该鉴定结论之日起十五日内向省、自治区、直辖市劳动能力鉴定委员会提出再次鉴定申请。省、自治区、直辖市劳动能力鉴定委员会作出的劳动能力鉴定结论为最终结论。

(4) 家庭或者个人与家政服务人员之间的纠纷。家庭或者个人与家政服务人员之间的关系其实是一种服务合同关系。首先，如果家庭或个人向家政公司提出家政服务的需求，那么与公司之间就是一种服务合同关系，二者之间是平等的关系；而家政公司派家政服务人员去提供服务，家政服务人员是作为公司的员工而提供服务，其与家政公司之间是劳动关系。其次，如果家庭或个人自己寻找家政服务人员，他们之间是仍然是一种服务合同关系，并不是劳动法意义上的劳动关系。如果按照劳动关系来调整家政服务人员与家庭或个人之间的这种关系，不但不利于家政服务业的发展，而且可能带来更多的纠纷。

(5) 个体工匠与帮工、学徒之间的纠纷。个体工匠与帮工、学徒之间的关系从劳动法理论上来说应该属于简单的劳动关系。但是在我国目前的实践中一般作为雇佣合同来处理。这是因为首先从解除程序上来说，比劳动争议要快捷得多；其次，在我国劳动制度不是很完善的情况下，还不具备将这种关系作为劳动关系来调整的条件。实践中，不可能要求个体工匠按照劳动法的规定给帮工、学徒缴纳各种社会保险，个体工匠也不是劳动法上所指的用人单位等等。

(6) 农村承包经营户与受雇人之间的纠纷。农村承包经营户是指在集体经济组织之中，依据承包合同的约定从事经营的集体经济组织成员。农村承包经营户与受雇人之间的关系也应该属于简单的劳动关系。将这种关系按照雇佣关系由民法来调整在目前条件下之下一样

可以达到解决纠纷的目的，而没有必要把其纳入劳动法的调整范围之内。

因此，在本案中，原告在农忙时节受雇于被告从事农业生产活动，期间发生的人身损害赔偿纠纷不属于劳动争议，应当按照雇佣关系中的人身损害赔偿纠纷来处理。被告关于本案属于劳动争议，应当先经劳动争议仲裁的主张不成立。最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 11 条规定："雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。"原告的人身伤害应当由被告承担赔偿责任。

69. 劳动关系解除后用人单位要求归还垫付的购房款，是否属于劳动争议？

【案情】

杜宗霞于2005年被某公司招聘为员工，双方签订了1年期限的劳动合同。劳动合同期满后，杜宗霞由于工作业绩突出，被提升为公司副总经理，续订了无固定期限劳动合同。在劳动合同中双方约定：某公司为杜宗霞垫付30万元购房资金，由其按3000元/月分期归还；杜宗霞应当为该公司服务10年以上。不满10年的，一次性归还购房款余额。2007年8月，某公司书面通知杜宗霞解除劳动合同，双方发生争议。2007年11月，杜宗霞向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，劳动争议仲裁委员会以申诉超过仲裁时效为由，裁定不予受理。此后，某公司向人民法院提起诉讼，要求杜宗霞归还购房款余额。

【争鸣】

■原告某公司诉称，被告因购房向原告借款30万元。按照双方约定，被告为原告服务不满10年的，一次性归还购房款余额。现原告已经解除与被告劳动关系，并书面通知被告，被告未在法律规定期限内申请劳动争议仲裁，劳动关系依法已经解除。按照事先约定，被告应当一次性归还剩余购房款。

■被告杜宗霞辩称，原告擅自解除与被告的劳动合同，违反了劳动法律法规的规定以及劳动合同的约定。由于原告的原

因造成被告不能完成约定的服务年限的，原告无权要求被告按照约定一次性归还购房款。并且，本案属于劳动争议，在未经仲裁裁决的情况下，直接向人民法院起诉的，不属于人民法院受理范围。



【律师点评】

2008 年 5 月 1 日起施行的《劳动争议调解仲裁法》第 2 条规定："中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：（一）因确认劳动关系发生的争议；（二）因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议；（三）因除名、辞退和辞职、离职发生的争议；（四）因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议；（五）因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议；（六）法律、法规规定的其他劳动争议。"最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第 1 条规定："劳动者与用人单位之间发生的下列纠纷，属于《劳动法》第二条规定的劳动争议，当事人不服劳动争议仲裁委员会作出的裁决，依法向人民法院起诉的，人民法院应当受理：（一）劳动者与用人单位在履行劳动合同过程中发生的纠纷；（二）劳动者与用人单位之间没有订立书面劳动合同，但已形成劳动关系后发生的纠纷；（三）劳动者退休后，与尚未参加社会保险统筹的原用人单位因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险费而发生的纠纷。"

在本案中，当事人双方在劳动合同中约定：原告为被告垫付 30 万元购房款，同时要求被告至少为原告服务 10 年。这说明：垫付购放款是原告为被告提供的一种福利待遇，条件是被告履行劳动义

务满一定年限。当事人双方围绕购放款所产生的权利、义务是劳动合同关系的一个组成部分。因解除劳动合同、归还购放款发生的争议均属于劳动争议，应当先经劳动争议仲裁，否则人民法院不予受理。

《劳动法》第82条规定："提出仲裁要求的一方应当自劳动争议发生之日起六十日内向劳动争议仲裁委员会提出书面申请。"最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第1条规定："人民法院审理劳动争议案件，对下列情形，视为劳动法第八十二条规定的'劳动争议发生之日'：……（二）因解除或者终止劳动关系产生的争议，用人单位不能证明劳动者收到解除或者终止劳动关系书面通知时间的，劳动者主张权利之日为劳动争议发生之日。"原告于2007年8月书面通知被告解除劳动合同，被告于2007年11月申请劳动争议仲裁，超过了仲裁申诉时效。据此，能否认为双方的劳动关系实际已经解除，因购房款问题发生的纠纷属于借款纠纷，人民法院可以直接受理呢？

仲裁时效的届满并不会改变纠纷的法律性质，当事人之间的劳动争议不能因此而转变为民事纠纷。仲裁时效届满后，当事人失去的是通过法律途径救济其权利的可能性，当事人之间的法律关系和纠纷性质并不因此而发生改变。也就是说，原告不能因为被告未在仲裁时效期限内申请劳动争议仲裁，便具有了将劳动争议作为借款纠纷，直接向人民法院起诉的权利。否则的话，会导致当事人诉权的不平等。因为一旦将当事人之间的购房款纠纷作为民事纠纷受理，必然会牵涉到该纠纷的直接起因：即原告单方面解除劳动合同。如果被告就劳动合同解除的合法性问题提起反诉，会因为已经超过仲裁时效，导致人民法院不予受理的后果。这样一来，同样是因为劳动合同解除而发生的纠纷，原告有2年的诉讼时效，而被告只有60天的仲裁时效。

因此，本案的纠纷性质不是民事借款纠纷，而是劳动争议。原告未经劳动争议仲裁委员会仲裁，直接向人民法院提起诉讼的，不属于人民法院的受理范围。

70. 因上岗抵押金引起的纠纷是否属于劳动争议?

【案情】

朱红于2006年被某厂招聘为员工。在签订劳动合同时，某厂要求其交纳3000元上岗抵押金，劳动合同期满，返还抵押金；劳动者提前解除劳动合同，抵押金不予返还。2007年10月，朱红提前解除劳动合同，要求返还抵押金，遭到拒绝，遂向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决：抵押金纠纷不属于劳动争议仲裁范围，驳回其申诉。朱红不服裁决，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告朱红诉称，被告在签订劳动合同时强制原告交纳抵押金，限制原告依法享有的劳动合同解除权，违反了劳动法律法规的规定和签订劳动合同“平等自愿”的原则。因此而发生的争议属于劳动争议，应当由劳动争议仲裁机构和人民法院依法受理。请求人民法院确认劳动合同中有关抵押金的条款无效，判决被告返还抵押金。

■被告某厂辩称，本案不属于劳动争议，也不属于人民法院主管的其他案件，请求驳回起诉。



【律师点评】

《劳动合同法》第3条规定：“订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。”第26条第1款规

定："下列劳动合同无效或者部分无效：（一）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；（二）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；（三）违反法律、行政法规强制性规定的。"被告在签订劳动合同时要求原告交纳上岗抵押金的行为，违反了订立劳动合同应当遵循的合法、公平、平等自愿等原则，其利用劳动者的弱势地位和岗位竞争激烈的条件，迫使原告交纳抵押金，属于以胁迫手段使对方违背真实意愿订立劳动合同的情况，有关抵押金条款因违反法律强制性规定而无效。

《劳动合同法》第37条规定："劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。"第38条规定："用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：（一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；（二）未及时足额支付劳动报酬的；（三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；（四）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；（五）因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；（六）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。"在符合法律规定条件下，劳动者依法享有劳动合同解除权。被告通过抵押金条款来限制劳动者享有的重要权利，也导致该条款无效，劳动者有权解除劳动合同和要求返还抵押金。

《劳动合同法》第26条第2款规定："对劳动合同的无效或者部分无效有争议的，由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。"最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第

5条规定："劳动者与用人单位解除或者终止劳动关系后，请求用人单位返还其收取的劳动合同定金、保证金、抵押金、抵押物产生的争议，或者办理劳动者的人事档案、社会保险关系等移转手续产生的争议，经劳动争议仲裁委员会仲裁后，当事人依法起诉的，人民法院应予受理。"上述法律和司法解释明确规定：无效的抵押金条款的确认以及因返还抵押金发生的纠纷，属于劳动争议。

《劳动合同法》第9条规定："用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。"第84条规定："用人单位违反本法规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。用人单位违反本法规定，以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。劳动者依法解除或者终止劳动合同，用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的，依照前款规定处罚。"

劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第24条规定："用人单位在与劳动者订立劳动合同时，不得以任何形式向劳动者收取定金、保证金（物）或抵押金（物）。对违反以上规定的，应按照劳动部、公安部、全国总工会《关于加强外商投资企业和私营企业劳动管理切实保障职工合法权益的通知》（劳部发〔1994〕118号）和劳动部办公厅《对"关于国有企业和集体所有制企业能否参照执行劳部发〔1994〕118号文件中的有关规定的请示"的复函》（劳办发〔1994〕256号）的规定，由公安部门和劳动行政部门责令用人单位立即退还给劳动者本人。"上述法律和行政规章规定用人单位收取劳动者定金、保证金（物）或抵押金（物）的，由公安部门和劳动行政部门责令用人单位立即退还给劳动者本

人。只是授权公安部门和劳动行政部门可以对用人单位实施具体行政行为，目的是更好地管理和规范用人单位的行为，保护劳动者的合法权益，并不排斥劳动争议仲裁机构和人民法院依法处理这类纠纷。

因此，本案属于劳动争议，应当由劳动争议仲裁机构和人民法院受理，确认被告收取抵押金的行为违法，应当返还劳动者。

71. 发生劳动争议后因等待领导答复而超过仲裁时效的，如何解决？

【案情】

彭凌云是某企业职工。2007 年 6 月，某企业宣布因企业生产经营发生严重困难，进行裁员，彭凌云被某企业列入裁员名单。收到裁员通知后，彭凌云认为，自己是家中唯一有工作的人，并且有年迈的父母需要赡养，应当优先留用，遂找到某企业领导协商。某企业领导答复会重新考虑，让彭凌云回家等候消息，在有正式答复之前，暂停工作。期间，彭凌云又多次找到某企业领导，答复均是等待最终决定。2007 年 10 月，某企业正式答复彭凌云，不改变对其裁员的决定。彭凌云不服，向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决：其申诉已经超过仲裁时效，不予受理。彭凌云遂向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告彭凌云诉称，原告在收到裁员通知后，积极找企业领导协商解决问题，并没有怠于行使自己的权利。在得到某企业正式答复后即刻申请劳动争议仲裁，没有超过仲裁时效。劳动争议仲裁裁决错误，请求人民法院予以撤销。由于原告属于法律规定的经济性裁员时优先留用的人员，被告将其列入第一批裁员名单，违反法律规定，该决定无效。

■ 被告某企业辩称，原告于 2007 年 6 月收到裁员的书面通知，于 4 个月后申请劳动争议仲裁，已经超过了法律规定的仲裁时效。仲

裁裁决正确，请求人民法院予以维持。并且，某企业的裁员方案征求了职工和工会的意见，得到劳动部门的批准，合法有效。



【律师点评】

《劳动法》第82条规定："提出仲裁要求的一方应当自劳动争议发生之日起六十日内向劳动争议仲裁委员会提出书面申请。"《劳动部关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第85条规定："劳动争议发生之日是指当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日。"最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》（法释〔2006〕6号）第1条规定："人民法院审理劳动争议案件，对下列情形，视为劳动法第八十二条规定的'劳动争议发生之日'：（一）在劳动关系存续期间产生的支付工资争议，用人单位能够证明已经书面通知劳动者拒付工资的，书面通知送达之日为劳动争议发生之日。用人单位不能证明的，劳动者主张权利之日为劳动争议发生之日。（二）因解除或者终止劳动关系产生的争议，用人单位不能证明劳动者收到解除或者终止劳动关系书面通知时间的，劳动者主张权利之日为劳动争议发生之日。（三）劳动关系解除或者终止后产生的支付工资、经济补偿金、福利待遇等争议，劳动者能够证明用人单位承诺支付的时间为解除或者终止劳动关系后的具体日期的，用人单位承诺支付之日为劳动争议发生之日。劳动者不能证明的，解除或者终止劳动关系之日为劳动争议发生之日。"

根据上诉法律、法规和司法解释的规定，在本案中，原告收到裁员书面通知之日，就是劳动争议发生之日，60日的仲裁时效由此起算。原告于2007年6月收到裁员书面通知，于2007年10月申请劳动仲裁，如果没有特殊情况，超过了仲裁时效，劳动争议仲裁委员会

不予受理就是正确的。但在本案中，原告在收到裁员通知后，多次找到被告协商，被告负责人亦答复会重新考虑，直到2007年10月，才正式答复原告不改变裁员决定。这是否属于特殊情况呢？最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第3条规定："劳动争议仲裁委员会根据《劳动法》第八十二条之规定，以当事人的仲裁申请超过六十日期限为由，作出不予受理的书面裁决、决定或者通知，当事人不服，依法向人民法院起诉的，人民法院应当受理；对确已超过仲裁申请期限，又无不可抗力或者其他正当理由的，依法驳回其诉讼请求。"本案应当结合最高人民法院司法解释的规定来分析。

上述司法解释中规定的"不可抗力"和"其他正当理由"，实际上是仲裁时效的中止、中断的情形。最高人民法院司法解释中所说的"对确已超过仲裁申请期限，又无不可抗力或者其他正当理由的，依法驳回其诉讼请求"，反过来理解就是：对确已超过仲裁申请期限，但有不可抗力或者其他正当理由的，不应以此为理由驳回其诉讼请求。"其他正当理由"一般包括下列情形：(1) 职工患重大疾病或遭受其他身体伤害影响其行使权利的；(2) 职工与用人单位曾经协商的；(3) 职工请求工会、单位劳动争议调解委员会、企业主管部门、劳动监察部门等有关部门帮助解决争议的；(4) 申请仲裁的。主张上述情形存在的当事人负有举证责任。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第13条明确规定："当事人能够证明在申请仲裁期间内具有下列情形之一的，人民法院应当认定申请仲裁期间中断：（一）向对方当事人主张权利；（二）向有关部门请求权利救济；（三）对方当事人同意履行义务。申请仲裁期间中断的，从对方当事人明确拒绝履行义务，或者有关部门作出处理决定或明确表示不予处理时起，申请仲裁期间重新计算。"因此，在本案中，原告在收到裁员通知后找领导协商，因领导未及时答复造成

超过仲裁时效的，属于上述法规和司法解释规定的“有其他正当理由”。仲裁时效中断，自2007年10月被告正式答复原告时起重新计算，原告的申诉未超过仲裁时效。劳动争议仲裁委员会不予受理是错误的，人民法院应当受理，不能以超过仲裁时效为由驳回其诉讼请求。

2008年5月1日起施行的《劳动争议调解仲裁法》对劳动争议仲裁申请时效的中断、中止问题作出了更为明确的规定，根据该法第27条的规定，劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。仲裁时效因当事人一方向对方当事人主张权利，或者向有关部门请求权利救济，或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起，仲裁时效期间重新计算。因不可抗力或者有其他正当理由，当事人不能在法律规定的仲裁时效期间申请仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算。劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受该法规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。

《劳动合同法》第41条第1款规定：“有下列情形之一，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：（一）依照企业破产法规定进行重整的；（二）生产经营发生严重困难的；（三）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；（四）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。”被告在生产经营发生严重困难的情况下，遵循法定程序，可以进行裁员。同时，《劳动合同法》第2款规定：“裁减人员时，应当优先留用下列人员：（一）与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；

（二）与本单位订立无固定期限劳动合同的；（三）家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。”在本案中，如果原告所述情况属实，即其是家中唯一就业人员，并且有需要赡养的老人，属于裁减人员时应当优先留用的人员之列。被告将其列入第一批裁员名单，违反法律规定，应当确认无效，双方继续履行劳动合同。

72. 人民法院裁定不予执行仲裁裁决，当事人能否起诉?

【案情】

刘美荣是某公司员工。2012年5月，双方发生劳动争议，刘美荣向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决作出后，刘美荣对仲裁裁决不服，向人民法院提起诉讼。因超过了诉讼时效，人民法院判决驳回其诉讼请求。由于某公司未按仲裁裁决履行义务，刘美荣又向人民法院申请执行已经生效的仲裁裁决。某公司提出执行异议，主张仲裁裁决适用法律错误。人民法院经审查后，认为异议成立，裁定不予执行该仲裁裁决。刘美荣遂就该劳动争议再次向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告刘美荣诉称，根据最高人民法院司法解释的规定，仲裁裁决经人民法院裁定不予执行后，当事人可以就劳动争议的事项向人民法院起诉。原告的起诉属于人民法院的受理范围。

■ 被告某公司辩称，此前，原告已经就该劳动争议事项向人民法院起诉，因超过诉讼时效而被驳回。现原告再次起诉，违反“一事不再理”原则。并且仲裁是处理劳动争议案件的必经程序。原仲裁裁决被裁定不予执行后，自然失去法律效力，当事人双方之间的劳动争议回到了原始状态。原告应当重新申请劳动争议仲裁，对仲裁裁决不服的，再向人民法院起诉。直接向人民法院起诉的，不属于人民法院的受理范围。



【律师点评】

根据《民事诉讼法》第237条的规定，对依法设立的仲裁机构的裁决，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；（二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；（四）裁决所根据的证据是伪造的；（五）对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；（六）仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。裁定书应当送达双方当事人的仲裁机构。仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第21条规定："当事人申请人民法院执行劳动争议仲裁机构作出的发生法律效力的裁决书、调解书，被申请人提出证据证明劳动争议仲裁裁决书、调解书有下列情形之一，并经审查核实的，人民法院可以根据《民事诉讼法》第二百一十七条之规定，裁定不予执行：（一）裁决的事项不属于劳动争议仲裁范围，或者劳动争议仲裁机构无权仲裁的；（二）适用法律确有错误的；（三）仲裁员仲裁该案时，有徇私舞弊、枉法裁决行为的；（四）人民法院认定执行该劳动争议仲裁裁决违背社会公共利益的。人民法院在不予执行的裁定书中，应当告知当事人在收到裁定书之次日起三十日内，可以就该劳动争议事项向人民法院起诉。"

在本案中，原告对仲裁裁决不服，向人民法院起诉，因超过诉讼时效被人民法院驳回。在申请执行生效仲裁裁决的过程中，人民法院裁定仲裁裁决适用法律错误，不予执行，在这种情况下，原告能否再次向人民法院就劳动争议事项提起诉讼？根据上述法律和司法解释的规定，答案是肯定的。被告认为原告起诉违反一事不再理原则，是曲解了一事不再理原则的内涵。因为原告再次起诉时，法律事实已经发生了重大变化。第一次由于超过起诉期限，人民法院驳回原告诉讼请求。因为在这种情况下，仲裁裁决已经发生法律效力，当事人之间的劳动争议在法律上已经有了结论。但人民法院以适用法律错误为由裁定不予执行仲裁裁决之后，仲裁裁决失去法律效力，当事人之间的争议回到了原始状态，原告当然有权提起诉讼。并且，由于劳动争议已经过仲裁机构裁决，但因适用法律错误而被人民法院裁定不予执行，从而失去法律效力，要求原告重新申请仲裁，对裁决不服再向人民法院起诉，显然是机械地适用法律关于劳动争议仲裁前置的规定，没有实际意义，反而增加了当事人的诉讼负担。所以，原告可以依据司法解释的规定，直接向人民法院起诉。

73. 事业单位辞退聘用人员引起的纠纷是否属于劳动争议?

【案情】

张光辉是某医院医师，双方签订了聘用合同。2007 年 5 月，某医院对其作出辞退决定，张光辉不服，向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决：该争议不属于劳动争议，不予受理。张光辉向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告张光辉诉称，原告与被告因辞退问题发生纠纷，属于劳动争议，根据最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第 2 条的规定，“劳动争议仲裁委员会以当事人申请仲裁的事项不属于劳动争议为由，作出不予受理的书面裁决、决定或者通知，当事人不服，依法向人民法院起诉的，人民法院应当分别情况予以处理：(一) 属于劳动争议案件的，应当受理……”本案属于人民法院受理范围。

■ 被告某医院辩称，被告属于事业单位，事业单位与起聘用人员因辞退问题发生的争议属于人事争议，按照有关规定，人事争议应当先经人事争议仲裁机构仲裁。原告的起诉不符合法定程序，不属于人民法院受理范围。



【律师点评】

根据最高人民法院《关于人民法院审理事业单位人事争议案件

若干问题的规定》，"事业单位与其工作人员之间因辞职、辞退及履行聘用合同所发生的争议，适用《中华人民共和国劳动法》的规定处理"（第1条）；"当事人对依照国家有关规定设立的人事争议仲裁机构所作的人事争议仲裁裁决不服，自收到仲裁裁决之日起十五日内向人民法院提起诉讼的，人民法院应当依法受理。一方当事人在法定期间内不起诉又不履行仲裁裁决，另一方当事人向人民法院申请执行的，人民法院应当依法执行"（第2条）；"本规定所称人事争议是指事业单位与其工作人员之间因辞职、辞退及履行聘用合同所发生的争议"（第3条）。被告属于事业单位，原告是其聘用人员，双方签订了聘用合同，因辞退问题发生的争议显然属于人事争议，而不属于劳动争议。原告申请劳动仲裁，仲裁机构不予受理是正确的。根据上述司法解释的规定，人事争议实行仲裁前置，未经人事争议仲裁机构仲裁的，人民法院不予受理。本案未经人事争议仲裁，劳动争议仲裁机构的裁决不属于按照国家有关规定设立的人事争议仲裁机构的裁决，因此，本案应当裁定不予受理。

2008年5月1日起施行的《劳动争议调解仲裁法》第52条规定："事业单位实行聘用制的工作人员与本单位发生劳动争议的，依照本法执行；法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定。"该法将事业单位与其聘用人员之间的劳动争议纳入了适用范围。因此，《劳动争议调解仲裁法》实施之后事业单位与聘用人员之间的劳动争议属于劳动争议仲裁机构的受理范围，可以申请劳动争议仲裁。

74. 用人单位不服劳动争议仲裁机构预先支付急需医疗费用的裁决，能否起诉?

【案情】

刘瑞刚于2005年到某企业工作，身份是临时工，双方未签订劳动合同，某企业也未给其办理社会保险。2012年8月，刘瑞刚因病住院，急需医疗费用，但某企业因其是临时工，与某企业没有订立正式的劳动合同，不同意负担其医疗费用。双方为此发生争议，刘瑞刚向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决：鉴于刘瑞刚的病情，急需医疗费用，裁决某企业先行支付刘瑞刚的医疗费用。关于双方劳动争议的其他事项，等待最终裁决。某企业对仲裁裁决不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告某企业诉称，被告不是原告正式职工，其所患疾病也不是职业病，不同意承担其医疗费用。仲裁裁决认定事实有误，请求人民法院予以撤销。

■ 被告刘瑞刚辩称，被告于2005年到某企业工作，虽然没有签订劳动合同，但与原告形成事实劳动关系。由于原告未给被告办理社会保险，应当承担被告的医疗费用。仲裁裁决正确，请求人民法院予以维持。



【律师点评】

本案涉及到的是劳动争议仲裁程序中的先行给付的问题。2008年5月1日起施行的《劳动争议调解仲裁法》第44条规定："仲裁庭对追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的案件，根据当事人的申请，可以裁决先予执行，移送人民法院执行。仲裁庭裁决先予执行的，应当符合下列条件：(一) 当事人之间权利义务关系明确；(二) 不先予执行将严重影响申请人的生活。劳动者申请先予执行的，可以不提供担保。"该法规定了"追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金"等案件，仲裁机构可以裁决先予执行以及相应的条件。但对于劳动者非因工负伤，如本案中的患病医疗费用是否可以裁决先予执行，没有作出规定。

根据《民事诉讼法》第106、107条的规定，人民法院对下列案件，根据当事人的申请，可以裁定先予执行：(一) 追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的；(二) 追索劳动报酬的；(三) 因情况紧急需要先予执行的。人民法院裁定先予执行的，应当符合下列条件：(一) 当事人之间权利义务关系明确，不先予执行将严重影响申请人的生活或者生产经营的；(二) 被申请人有履行能力。劳动部办公厅《关于在劳动争议仲裁程序中能否适用部分裁决问题的复函》(劳办发［1994］391号) 以及劳动部《关于用人单位不服部分裁决申请复议期限问题的复函》(劳部发［1996］240号) 在民事诉讼法上述规定的基础上解决了劳动争议仲裁程序中的先行给付，也就是部分裁决的问题。

部分裁决是劳动争议仲裁委员会在劳动争议案件终结裁决作出之前要求企业预先支付职工一方工资、医疗费的仲裁措施，适用于当事人之间权利义务关系明确，用人单位有履行能力，不作部分裁决将严

重影响劳动者一方生活的情况。劳动争议仲裁委员会对确属下列紧急情形之一的劳动争议案件，经过初步审理后，可以采用部分裁决的形式裁决企业支付职工工资、医疗费：(1) 企业无故拖欠、扣罚或停发工资超过三个月，致使职工生活确无基本保障的；(2) 职工因工负伤，企业不支付急需的医疗费的；(3) 职工患病，在规定的医疗期内，企业不支付急需的医疗费的。

由于部分裁决是在仲裁中遇到紧急情况的特殊处理措施，所以一经作出，则立即生效并开始执行。企业如不执行，职工一方可向人民法院申请强制执行。企业不服部分裁决的，不得单独就部分裁决向人民法院起诉，但可以向原劳动争议仲裁委员会申请复议一次，复议期间不停止部分裁决的执行。复议申请应当自部分裁决送达之日起15日内提出，超过15日的，当事人不得再申请复议；在15日内，如当事人尚未就部分裁决申请复议，而终结裁决已作出并送达，则当事人也不得再就部分裁决申请复议。如当事人不服终结裁决，可按有关规定向人民法院起诉。劳动争议仲裁委员会应在接到复议申请之日起7日内做出决定。部分裁决正确的，通知驳回当事人的申请。部分裁决不当的，撤销该部分裁决；已执行的，职工一方应返还企业一方先行支付的工资、医疗费；拒不返还的，依照《民事诉讼法》的有关规定处理。

最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第8条规定："当事人不服劳动争议仲裁委员会作出的预先支付劳动者部分工资或者医疗费用的裁决，向人民法院起诉的，人民法院不予受理。用人单位不履行上述裁决中的给付义务，劳动者依法向人民法院申请强制执行的，人民法院应予受理。"根据上述法律规定，原告对劳动争议仲裁机构作出的先行给付医疗费用的裁决不服，可以向仲裁机构申请复议，但不得单独就部分裁决向人民法院起诉。对复议决定仍然不服的，可以在终结裁决作出后，向人民法院起

诉。因此，被告的起诉人民法院将不予受理。被告应当按照仲裁机构的裁决，先行给付原告的医疗费用，如果被告不履行仲裁裁决的，原告可以申请人民法院强制执行。

75. 劳动争议当事人逾期未申请工伤认定的，人民法院能否直接作出认定？

【案情】

宋有泉是某企业职工。2011 年 8 月，宋有泉在工作中负伤，住院治疗。某企业支付了宋有泉的医疗费用，但未向劳动部门申请工伤认定，宋有泉一直处于治疗当中，也未申请工伤认定。2012 年 9 月，宋有泉的伤情基本稳定，经鉴定为六级伤残。宋有泉向劳动部门申请工伤认定，劳动部门以超过申请期限为由，决定不予受理。此后，宋有泉与某企业因工伤待遇问题发生争议，向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。劳动争议仲裁委员会以工伤手续不齐备为由不予受理，宋有泉遂向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告宋有泉诉称，原告在工作时间、工作场所，因工作原因负伤，应当认定为工伤。被告应当支付原告的工伤待遇。

■ 被告某企业辩称，原告是否属于工伤，未经劳动部门工伤认定，劳动争议仲裁机构裁定不予受理，是正确的。请求人民法院维持仲裁裁决。由于未经工伤认定，原告不能享受工伤待遇。



【律师点评】

《工伤保险条例》第 17 条规定：“职工发生事故伤害或者按照职

业病防治法规定被诊断、鉴定为职业病，所在单位应当自事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起30日内，向统筹地区劳动保障行政部门提出工伤认定申请。遇有特殊情况，经报劳动保障行政部门同意，申请时限可以适当延长。用人单位未按前款规定提出工伤认定申请的，工伤职工或者其直系亲属、工会组织在事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起1年内，可以直接向用人单位所在地统筹地区劳动保障行政部门提出工伤认定申请。”在现实中，有一种比较特殊的情况：有些工伤职工在单位未申请工伤的情况下自己向劳动保障行政部门申请工伤认定，而劳动保障行政部门以工伤认定申请超过一年的申请期限为由不予受理，工伤职工申请劳动仲裁，劳动争议仲裁委员会以工伤手续不齐备为由不予受理，后工伤职工又诉至法院。在这种情况下，人民法院能否直接作出工伤认定呢？

在一般情况下，人民法院不应就职工是否构成工伤直接做出认定和判决，而应由劳动保障行政部门通过法定的程序来予以认定，如果职工对工伤认定结论不服，可以通过申请行政复议和行政诉讼来解决，如果仍然未做出职工构成工伤的认定，则法院应以证据不足为由驳回其诉讼请求。因为工伤认定应当由劳动保障行政部门依照法定程序办理，人民法院行使的是审判权，如果法院径行认定职工属于工伤并做出判决，此举必然导致审判权替代行政权，这与行政权与审判权分离原则是背道而驰的。另外，工伤保险赔偿金由两部分组成，一是由社会保险经办机构支付的部分，二是由用人单位支付的部分，其中对于应由社会保险经办机构支付的部分，必须依赖于劳动保障行政部门的工伤认定才能支付，在这种情况下，如果人民法院自行做出构成工伤的确认，很有可能与劳动行政机关依职权做出的工伤认定结论相矛盾。有鉴于此，尽管职工可能属于工伤，但人民法院不能超越法定的职权和程序直接做出处理，而应当告知其向劳动保障行政部门申请工伤认定，对认定结论不服，可以提起行政复议和行政诉讼。

但在特殊情况下，即职工是由于超过了一年的工伤认定申请期限而被劳动保障行政部门不予受理的，职工经过仲裁又诉至法院，法院应当查明原因，如果职工确有正当理由而超出申请期限的，则可以就职工是否构成工伤直接做出认定并做出实体判决。因为从《工伤保险条例》现有规定来看，一年的工伤认定申请期限是除斥期间，没有规定职工有正当理由的可以延长该期限，因此当劳动者由于正当理由而未在事故伤害发生之日起一年内提出申请的，就无法通过法律途径来获得救济。因此，从更有利于保护职工合法权益的角度以及节约诉讼成本考虑，人民法院可以就职工是否构成工伤直接做出认定并做出实体判决。这里所说的正当理由可以参照最高人民法院司法解释关于劳动争议仲裁时效中止、中断的规定，包括：因不可抗力或者其他客观原因无法申请工伤认定；向对方当事人主张权利；向有关部门请求权利救济；对方当事人同意履行义务等情况。

在本案中，原告受伤后一直处于治疗当中，无法自行申请工伤认定，被告也未为其申请工伤认定。原告的工伤认定申请的提出超过法律规定的期限，确有客观原因。在这种情况下，人民法院可以就原告是否符合工伤认定的条件进行审查，直接作出工伤认定结论。

但在特殊情况下，即职工是由于超过了一年的工伤认定申请期限而被劳动保障行政部门不予受理的，职工经过仲裁及诉讼程序，法院应当查明原因，如果职工确有正当理由而超出申请期限的，则可以就职工受伤的事实直接做出认定并做出具体判决。因为从工伤保险条例的立法目的来看，一年的工伤认定申请期限是除斥期间，设有此期间的目的是为了督促职工及时主张权利，因此当劳动者由于正当理由而未在期间内[illegible]，就不应丧失法律规定[illegible]的救济保障[illegible]。这样，才有利于保护职工合法权益，使得立法目的得以切实实现。法院可以就职工受伤的事实直接做出认定并做出具体判决，其理由是：人民法院审理行政案件，依照法律和有关[illegible]中的规定，包括：[illegible]不履行法定职责；[illegible]相对方当事人[illegible]主张权利；[illegible]求权利救济；[illegible]当事人间[illegible]义务等情况。

在本案中，原告受伤后一直处于治疗当中，无法自行申请工伤认定，被告以未在法定期限内申请工伤认定，驳回原告的工伤认定申请的做法违反了法律规定的精神，[illegible]在这种情况下，人民法院可以就职工是否符合工伤认定的条件进行审查，并做出工伤认定判决。


其 他


合同
劳动

76. 事业单位临时工被辞退后，待遇如何解决？

【案情】

蔡炳于1995年9月到某研究所担任临时工，从事勤杂工作，月工资400元（当地最低工资标准在2007年之前为400元，自2007年1月起调整为500元）。双方未签订书面劳动合同。某研究所是财政财政全额拨款的事业单位。2007年9月初，某研究所将蔡炳辞退，但未给其任何经济补偿。蔡炳向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，仲裁裁决：某研究所补发蔡炳2007年1月至2007年8月工资低于当地最低工资标准部分800元，并给予经济补偿金200元；以2007年起实行的最低工资为标准，向蔡炳支付解除劳动合同的经济补偿金6000元，额外经济补偿金3000元；某研究所应当支付蔡炳养老保险金20000元。某研究所对仲裁裁决不服，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告某研究所诉称，《社会保险费征缴暂行条例》所规定的基本养老保险金征缴范围均不包括全额拨款的事业单位，在法律法规尚未将该类事业单位纳入社会保险统筹的条件下，原告无义务为被告补办养老保险或向其支付养老保险金。关于解除与被告劳动关系后的经济补偿问题，人事部《关于在事业单位试行人员聘用制度的意见》第6条第5款规定：经济补偿以被解聘人员在该聘用单位每工作1年，支付其本人1个月的上年月平均工资为标准。当地最低工资标准在2007年之前均为400元，与被告工资相符，应当按照该标准计算

经济补偿金。仲裁裁决有误，请求人民法院予以撤销。

■被告蔡炳辩称，劳动争议仲裁裁决正确，请求人民法院予以维持。



【律师点评】

《劳动法》第91条规定："用人单位有下列侵害劳动者合法权益情形之一的，由劳动行政部门责令支付劳动者的工资报酬、经济补偿，并可以责令支付赔偿金：（一）克扣或者无故拖欠劳动者工资的；（二）拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的；（三）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；（四）解除劳动合同后，未依照本法规定给予劳动者经济补偿的。"被告自1995年到某研究所担任勤杂工，工资400元。2007年1月起，当地最低工资由400元调整为500元，被告工资低于最低工资标准。《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第4条规定："用人单位支付劳动者的工资报酬低于当地最低工资标准的，要在补足低于标准部分的同时，另外支付相当于低于部分百分之二十五的经济补偿金。"被告2007年工资低于最低工资标准部分应当补足，并应当给予被告相当于低于部分25%的经济补偿。另外，《最低工资规定》第13条规定："用人单位违反本规定第十一条规定的，由劳动保障行政部门责令其限期改正；违反本规定第十二条规定的，由劳动保障行政部门责令其限期补发所欠劳动者工资，并可责令其按所欠工资的一至五倍支付劳动者赔偿金。"被告还可以获得相当于低于部分1~5倍的赔偿金。自2007年1月起，被告工资低于最低工资标准100元，自2007年1月至8月，低于部分共计800元，经济补偿金200元。对于以上问题，当事人双方没有争议。

本案中当事人争议的主要是解除劳动合同的经济补偿问题和养老保险金的支付问题。首先，我们来看看解除劳动合同的经济补偿问题。根据《劳动合同法》第46条的规定，劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的，用人单位解除劳动合同，应当给予经济补偿。经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。所谓月工资，是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。在《劳动合同法》施行前，根据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第8条的规定，“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议，由用人单位解除劳动合同的，用人单位按劳动者在本单位工作的年限，工作时间每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金。”该办法中经济补偿金的工资计算标准是指企业正常生产情况下劳动者解除合同前十二个月的月平均工资。

根据《劳动合同法》和《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》的规定，解除劳动合同经济补偿金的计算标准是劳动者在劳动合同解除前十二个月的平均工资。被告在劳动合同解除前的月平均工资为400元。但当地最低工资标准自2007年1月已经调整为500元，被告工资低于最低工资标准部分应当补足差额，因此，解除劳动合同经济补偿金的计算标准应当按照最低工资标准计算。原告提出：人事部《关于在事业单位试行人员聘用制度的意见》第6条第5款规定：经济补偿以被解聘人员在该聘用单位每工作1年，支付其本人1个月的

上年月平均工资为标准。当地最低工资标准在2007年之前均为400元，与被告工资相符，应当按照该标准计算经济补偿金。对此，应当看到，原告虽然是财政全额拨款的事业单位，但被告并非原告的聘用人员，而是与原告有事实劳动关系的劳动者。在现实生活中，党政机关和全额拨款的事业单位与雇佣的大多数勤杂人员和部分聘用人员属于劳动关系。《劳动法》第2条第2款规定："国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本法执行。"本案被告与原告之间的事实劳动关系，应属劳动法及相关法规的调整范围，故不适用《关于在事业单位试行人员聘用制度的意见》的规定。即使原告与被告属聘用关系，根据最高人民法院《关于人民法院审理事业单位人事争议案件若干问题的规定》第1条的规定，事业单位与其工作人员之间因辞职、辞退及履行聘用合同所发生的争议，适用《劳动法》的规定处理。人事部《关于在事业单位试行人员聘用制度的意见》属行政规章，人民法院只能参照处理，行政规章与劳动法规和司法解释发生冲突时，人民法院应当适用后者处理。

《劳动合同法》第85条规定："用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金：（一）未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬的；（二）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；（三）安排加班不支付加班费的；（四）解除或者终止劳动合同，未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的。"在该法施行前，按照《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第10条的规定，"用人单位解除劳动合同后，未按规定给予劳动者经济补偿的，除全额发给经济补偿金外，还须按该经济补偿金数额的百分之五十支付额外经济补偿金。"被告在原告处工作12年，应当支付相当于12个月工资

的经济补偿金即6000元，由于原告在解除劳动合同时未给予被告经济补偿，并应支付相当于经济补偿金50%的额外补偿金，即3000元。如果当事人双方劳动合同关系在劳动合同法解除后终止，原告逾期不支付经济补偿金的，则应当按照经济补偿金50%～100%的标准支付赔偿金。

关于养老保险金的支付问题，原告提出：《社会保险费征缴暂行条例》所规定的基本养老保险金征缴范围均不包括全额拨款的事业单位，在法律法规尚未将该类事业单位纳入社会保险统筹的条件下，原告无义务为被告补办养老保险或向其支付养老保险金。《社会保险费征缴暂行条例》第3条第1款规定："基本养老保险费的征缴范围：国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业和其他城镇企业及其职工，实行企业化管理的事业单位及其职工。"虽然该条例未将全额拨款的事业单位纳入基本养老保险金征缴范围，但条例所规定暂不纳入基本养老保险金征缴范围仅包括事业单位的正式工作人员，而不应包括签订劳动合同或存在事实劳动关系的工勤人员和聘用人员。因此，对事业单位暂不纳入社会养老保险的人员范围不宜扩大到工勤人员和聘用人员。《劳动法》第2条第2款规定："国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本法执行。"在事业单位工作的工勤人员和聘用人员也应享受基本养老保险。因此，原告应当为被告补办养老保险或者向其支付相应的养老保险金。

2011年7月1日起施行的《社会保险法》第10条规定："职工应当参加基本养老保险，由用人单位和职工共同缴纳基本养老保险费。无雇工的个体工商户、未在用人单位参加基本养老保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员可以参加基本养老保险，由个人缴纳基本养老保险费。公务员和参照公务员法管理的工作人员养老保险的办法由国务院规定。"根据上述法律规定，事业单位已经纳入基本养老保险的覆盖范围。

77. 员工跳槽后拉走客户的，应否承担法律责任?

【案情】

李建欣是某市甲公司业务员。该公司生产、销售一次性洗涤用品，主要供应当地大型宾馆、饭店。2007年5月，李建欣提出辞职并办理了交接手续。2007年9月，甲公司发现其长期供货的当地多家宾馆中断了业务，经调查证实：李建欣辞职后，到与甲公司有竞争关系的某市乙公司任职，并将其原来负责的客户拉到了乙公司，遂向人民法院提起诉讼。甲公司与李建欣签订的劳动合同中没有就保密事项进行约定，也没有竞业禁止条款。但该公司内部的规章制度将客户名单和销售价格等列为保密范围。

【争鸣】

■ 原告甲公司诉称，被告辞职后到与原告生产、经营同类产品，有竞争关系的乙公司任职，并利用其担任原告业务员期间掌握的客户名单和销售价格等信息，采取低价竞争的手段拉走原告多名重要客户。被告的行为违反了竞业禁止义务，侵犯了原告的商业秘密，属于不正当竞争行为，请求人民法院判决被告与乙公司停止侵权并赔偿原告经济损失。

■ 被告李建欣辩称，被告与原告没有签订竞业禁止协议，也不是法律规定的竞业禁止的义务主体。因此，被告到乙公司任职并不违反法律和合同约定的义务。而且，原告的客户信息与销售价格均处于公知状态，不属于商业秘密的范畴。原告的行为也不构成侵犯商业秘

密的不正当竞争行为，请求人民法院驳回原告诉讼请求。



【律师点评】

《劳动合同法》第23条规定："用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。"第24条规定："竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。"

保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项，是劳动者的法定义务，是劳动者对用人单位忠诚义务的具体体现。所有在职的劳动者都必须保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。根据上述法律规定，用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位商业秘密和与知识产权相关的保密事项，明确劳动者保守用人单位商业秘密和与知识产权相关的保密事项的义务，并确定具体的违反这一义务的责任。实践中，劳动者泄露用人单位商业秘密和与知识产权相关的保密事项的最常见的方式，就是在解除或者终止劳动合同后，到与本单位生产或者经营同类产品、业务的有竞争关系的其他用人单位工作，或者自己开业生产或者经营与本单位有竞争关系的

同类产品、业务。因此，《劳动合同法》规定用人单位和劳动者可以订立竞业禁止协议，但竞业禁止条款不是《劳动法》规定的劳动合同的必备条款，而是约定条款。《公司法》等法律还规定特定的人员承担法定的竞业禁止义务，不需要特别约定。

所谓竞业禁止，就是指特定地位的人或掌握原从业公司（企业）商业秘密的人基于法律规定或合同约定，在任职期内或解除雇佣、劳动关系后的一定期限内，不得自营或为他人经营与其所任职或原任职企业相同或类似的营业。基于法律规定而产生的竞业禁止义务是法定竞业禁止，基于合同约定产生的竞业禁止义务是约定竞业禁止。订立竞业限制协议的主体是用人单位与负有保守用人单位商业秘密和与知识产权相关的保密事项义务的劳动者。劳动者知悉了用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项，即负有保守商业秘密和与知识产权相关的保密事项的义务。用人单位并不是与本单位所有的劳动者都订立竞业限制协议，而是与知悉本单位商业秘密和与知识产权相关的保密事项的劳动者订立协议，限制其从事有竞争关系的工作。知悉用人单位商业秘密和与知识产权相关的保密事项的人员包括用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他知悉用人单位商业秘密和与知识产权相关的保密事项的人员。订立竞业禁止协议的劳动者与用人单位的劳动关系结束后，在履行竞业禁止义务的同时可以获得竞业限制经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，用人单位停止按月支付竞业限制经济补偿。竞业禁止协议中有违约金约定的，劳动者要支付违约金。竞业限制的范围、地域、期限，在不违反法律的前提下，可以由用人单位与劳动者约定。从劳动合同解除或者终止之日起算，到竞业限制期限届满结束，竞业限制期限最长不得超过二年。

《劳动合同法》第90条规定：“劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。”违反约定保密义务者，既可能是

与用人单位尚存劳动关系者，也可能是已与用人单位终止或者解除劳动关系但约定保密期未满者。劳动者违反劳动合同关于保守用人单位商业秘密的约定，在保密期内将自己在劳动过程中所掌握的用人单位的商业秘密，披露给保密范围以外的人，在保密范围以外使用，或者允许保密范围以外的人使用的，应当责令停止。违反约定保密义务，给用人单位造成经济损失的，按照《反不正当竞争法》第20条的规定给予赔偿。即损失难以计算的，赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润；并应当承担被侵害人因调查侵权人侵犯其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。违反约定保密义务给用人单位造成重大损失或者特别严重后果的，即构成侵犯商业秘密罪，应当依据《刑法》219条的规定追究刑事责任。劳动者违反劳动合同约定的竞业限制义务的法律责任，根据《劳动合同法》和《反不正当竞争法》等法律法规的规定，主要有：支付违约金；损害赔偿；履行竞业限制的义务。

在本案中，被告是否违反了竞业禁止义务和侵犯了原告的商业秘密，需要具体分析。首先，原告与被告并没有关于竞业禁止的约定，被告辞职后到与原告生产、经营同类产品，有竞争关系的公司任职，并不违反约定的竞业禁止义务。约定竞业禁止的义务是基于用人单位与劳动者所签订的劳动合同或协议中约定的竞业禁止条款而产生的，它不是劳动者的法定义务而是约定义务，没有约定，劳动者便不负有竞业禁止义务。其次，根据《公司法》第61条的规定，“董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业或者从事损害本公司利益的活动。”法定竞业禁止的义务是基于法律规定而产生的，且是不以补偿为前提的。其义务人是特定的，是依法律规定负有竞业禁止义务的人，不是法律明文规定的人就不负有竞业禁止的义务；竞业禁止期限也是特定的，是任职期内，任期届满义务解除。被告也没有法定的竞业禁止义务，因为，《公司法》中规定的有限责任

公司竞业禁止义务的主体是公司任职期内的董事、经理。而被告是原告的业务员，不在法定竞业禁止义务的范围之内；被告到乙公司任职时已经从甲公司辞职并办理了工作交接手续，也不在法定竞业禁止期限之内。所以，被告并没有违反竞业禁止义务。

那么，被告与乙公司的行为是否侵犯了原告的商业秘密，构成不正当竞争呢?《反不正当竞争法》第10条第3款规定：商业秘密是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。它包括设计程序、产品配方、制作工艺、制作方法等技术信息和管理诀窍、客户名单、货源情报、产销策略、招投标中的标底及标书内容等经营信息。客户名单作为经营信息中的一个种类，要构成商业秘密，与其他技术信息和经营信息一样必须同时具备以下四个构成要件：(1) 新颖性，即不为公众所知，也就是说商业秘密不属于公有领域的公共信息和公知技术。这是商业秘密的本质特征。(2) 价值性，即商业秘密的使用能够给权利人带来现实的或潜在的经济利益。(3) 实用性，即商业秘密必须是具体的和确定的，它可以转化为可以据以实施的方案或形式。实用性和价值性密切相关，实用性是价值性的基础，价值性是实用性的结果。(4) 秘密性，即商业秘密权利人采取了相应的保密措施，通过保密措施将其商业秘密控制起来，使其处于一种不为公众所知的独占状态。

在本案中，原告通过其客户名单进行业务往来，能够使电子公司获得现实的或潜在的经济利益和市场竞争的优势，因此，认定电子公司的客户名单具有实用性和价值性是毋庸置疑的。同时，原告制定了规章制度，将客户名单列入保密范围，使其处于一种不为公众所知的独占状态。因此应认定该客户名单具备了保密性要件。所以，原告客户名单是否构成商业秘密的关键在于是否具有新颖性。具有新颖性的客户名单是指该客户名单是通过独特的积累、收集、加工和整理等劳

动和努力后得到的，并对某种商品或服务有特殊需要的特有的客户群信息。它不能仅是单纯的客户名称、联系方法的列举，而应该是客户的需求类型、需求习惯、经营规律、对商品价格的承受能力等客户信息的综合载体。如果该客户名单上所承载的信息能够被其他不特定的任何人轻而易举地从公开的出版物、电话号码簿等途径得到，则该客户名单不具有新颖性。

本案中，原告所主张的客户名单所涉及的客户均为当地宾馆，这些宾馆的名称、地址及基本情况是处于公知状态的，通过公开发行的出版物和互联网便可查找。且其生产经营的是大众化生活用品，客户本身处于一种不稳定的状态。生产同类产品的其他公司完全不需要通过侵权手段就可以合法地获取这些客户信息。因此，电子公司所主张的客户名单不具有新颖性要件，不能构成商业秘密。由于行业竞争激烈，原告没有也不可能与其客户签订为其销售价格保密的协议，客户为了获得更优惠的价格和服务，往往会主动与其他企业联系，比对质量、价格。这些都客观上决定了原告的客户名称和价格等信息是处于公知状态的。其销售价格也不构成商业秘密。所以，被告和乙公司的行为也不构成侵犯商业秘密，原告的诉讼请求不能得到支持。

78. 职工因举报领导违纪问题被开除，能否提起名誉侵权诉讼？

【案情】

贺静是某集体企业职工。2007年初，贺静向有关部门举报了该企业领导私设小金库、挪用公款、挥霍浪费等违法乱纪行为。有关部门调查后，对相关人员进行了处理。2007年11月，某集体企业以贺静不遵守劳动纪律、不能胜任工作岗位为由，对其作出了开除的决定。贺静向主管机关提出申诉，主管机关经调查后认为某集体企业的决定依据不足，并且违反法定程序，予以撤销。贺静以某集体企业对其举报行为进行打击报复，侵犯了其名誉权为由，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告贺静诉称，被告对原告举报有关领导违法乱纪行为蓄意打击报复，捏造事实将其开除，使其在单位的群众评价降低，名誉受到损害，请求人民法院判决被告消除影响、赔礼道歉并赔偿精神损失。

■ 被告某集体企业辩称，根据最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解释》的规定，国家机关、社会团体、企事业单位等部门对其管理的人员作出的结论或者处理决定，当事人以其侵害名誉权向人民法院提起诉讼的，人民法院不予受理。因此，原告提起的诉讼不属于人民法院受案范围，请求人民法院驳回被告起诉。



【律师点评】

最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解释》第4条规定："国家机关、社会团体、企事业单位等部门对其管理的人员作出的结论或者处理决定，当事人以其侵害名誉权向人民法院提起诉讼的，人民法院不予受理。"上述司法解释的含义是国家机关、社会团体、企事业单位等部门与其管理的人员之间是一种领导与被领导、管理与被管理的关系，这些部门对其被管理的人员所作的结论或者处理决定，是一种内部管理行为，由此引起的法律关系是一种内部法律关系。这种内部行为即使有错误，损害了被管理者的合法权益，应由有关部门依照其他程序解决，当事人以名誉侵权为由向人民法院起诉的，法院不应受理。而该条规定所指的处理决定应是这些部门基于正常的工作目的依职权作出的处理决定。在本案中，由于原告举报被告领导干部违法乱纪问题，遭到被告打击报复，捏造事实将其开除。被告对原告作出的处理并非基于正常工作目的，而是滥用职权，对员工进行打击报复的行为，其主观上有过错，客观上造成了原告社会评价降低，名誉受到损害的结果，属于民事侵权行为。因此，本案不适用上述司法解释的规定，人民法院应当受理。

关于侵害名誉权的责任承担形式，最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》第10条规定："人民法院依照《中华人民共和国民法通则》第一百二十条和第一百三十四条的规定，可以责令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失。恢复名誉、消除影响、赔礼道歉可以书面或口头的方式进行，内容须事先经人民法院审查。恢复名誉、消除影响的范围，一般应与侵权所造成不良影响的范围相当。公民、法人因名誉权受到侵害要求赔偿的，侵权人应赔偿侵权行为造成的经济损失；公民并提出精神损害赔

偿要求的，人民法院可根据侵权人的过错程度、侵权行为的具体情节、给受害人造成精神损害的后果等情况酌定。”原告要求被告承担消除影响、赔礼道歉、赔偿精神损失，应当予以支持。

79. 劳动关系解除后，单位能否收回优惠出售给职工的房屋产权？

【案情】

李飞是某厂职工。1998年，某厂执行国家的房改政策，将职工住房的部分产权以优惠价出售给本厂职工。李飞与某厂签订了房屋买卖合同，以20000元的优惠价购买了该厂的一套职工住房70%的产权，并办理了产权过户登记，取得了产权证。根据合同约定，李飞对所购房屋享有占有、使用以及有限的收益、处分权；取得产权5年后可以上市交易，某厂有权优先购买其产权份额。2007年9月，李飞因严重违反单位规章制度被开除。解除劳动关系后，某厂要求收回其优惠购买的房屋产权，遭到李飞拒绝。双方为此发生争议，诉至人民法院。

【争鸣】

■ 原告某厂诉称，原告根据国家的房改政策，将公有房屋的部分产权以优惠价出售给本厂职工。由此形成的房屋买卖关系不同于一般的房产交易，而是基于当事人之间的劳动关系而产生的特殊买卖关系。被告以远低于市场价的优惠价格取得房屋产权，前提是其属于原告职工。现劳动关系已经解除，被告无权继续享有优惠出售的房屋产权，双方的买卖关系应当解除，房屋产权由原告收回，被告交纳的购房款可以返还。

■ 被告李飞辩称，原、被告在买卖房屋时并未约定：劳动关系解除后，原告有权收回房屋产权。被告交纳了购房款并办理了产权登

记，依法享有争议房屋70%的产权。该产权受到法律保护。原告以劳动关系解除为由，要求收回被告已经购买和拥有的产权份额，没有法律和合同依据，请求人民法院驳回其诉讼请求。并且，本案应当属于劳动争议，原告在未经劳动争议仲裁的情况下直接向人民法院提起诉讼，不属于人民法院受理范围。



【律师点评】

最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第1条规定："劳动者与用人单位之间发生的下列纠纷，属于《劳动法》第二条规定的劳动争议，当事人不服劳动争议仲裁委员会作出的裁决，依法向人民法院起诉的，人民法院应当受理：（一）劳动者与用人单位在履行劳动合同过程中发生的纠纷；（二）劳动者与用人单位之间没有订立书面劳动合同，但已形成劳动关系后发生的纠纷；（三）劳动者退休后，与尚未参加社会保险统筹的原用人单位因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险费而发生的纠纷。"最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第7条规定："下列纠纷不属于劳动争议：（一）劳动者请求社会保险经办机构发放社会保险金的纠纷；（二）劳动者与用人单位因住房制度改革产生的公有住房转让纠纷；（三）劳动者对劳动能力鉴定委员会的伤残等级鉴定结论或者对职业病诊断鉴定委员会的职业病诊断鉴定结论的异议纠纷；（四）家庭或者个人与家政服务人员之间的纠纷；（五）个体工匠与帮工、学徒之间的纠纷；（六）农村承包经营户与受雇人之间的纠纷。"本案是因为劳动关系解除后，用人单位要求收回优惠出售的公有房屋中归职工所有的部分产权而引起的纠纷，不属于上述劳动争议的范围。当事人因为房屋买卖而产生的

法律关系属于民事关系，因此，本案属于民事纠纷，原告直接向人民法院起诉，并无不当。

那么，原告是否有权在开除职工后，收回原先优惠出售给职工的房屋产权呢？我国《物权法》第9条第1款规定："不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。"在本案中，优惠出售公有房屋部分产权是平等主体之间基于买卖事实建立的民事权利义务关系。购买方必须支付规定的价款，出卖方必须交付房屋的占有权和使用权、有限收益权和处分权。原告与被告签订了房屋买卖合同，被告又如数交纳了购房款，且领取了产权证。根据《物权法》的规定，李某已经取得了有限所有权，也理应受到法律的保护。

原、被告双方在签订优惠房屋买卖合同时，未约定职工取得有限产权后，一旦解除或终止劳动关系，职工即退还有限产权房屋的附条件购房事项。按当时的房改政策，也没有要求优惠房屋买卖必须以劳动关系的存续为前提。此外，我国现行法律和政策尚未作出职工取得有限产权房屋所有权后被单位开除的，单位有权或应当收回有限产权房屋的强制性规定。因此，原告收回被告享有的有限产权房屋，缺乏当事人约定及政策、法律依据。

用人单位向职工优惠出售单位公有住房，本质上反映的是单位向职工提供的一种福利待遇。一般而言，单位应当向职工提供相应的福利待遇，这是单位应当履行的一种法定义务，是职工应当享有的一种法定权利。一方面，单位应当依法向职工提供有关福利待遇，职工在未得到有关福利待遇时，享有要求单位给予有关福利待遇的请求权；另一方面，因为这是单位应当履行的法定义务，故单位对已提供给职工的福利待遇不具有对价性和补偿性，也就是说，单位不得要求回报和收回已转移所有权的作为福利待遇的优惠房屋。被告有权收回房屋产权的主张不成立。

80. 用人单位擅自降低劳动者退休金的，如何解决？

【案情】

张煜是某学校的合同制工人，企业编制，但在其于1994年退休之前，某学校一直按照事业单位标准发放及调整工资。张煜退休之后，经教育主管部门批准，某学校按照事业标准向其发放退休金。1995年，某学校以事业编制人员工资大幅度提高，学校负担加重为由，向劳动部门提出对张煜“按照企业退休人员待遇发放退休金”，得到劳动部门批准。张煜向有关部门申诉，但一直未得到解决。2006年12月，张煜向人民法院提起行政诉讼。期间，劳动部门撤销了先前的审批决定。但某学校未恢复张煜的事业单位人员退休待遇，也没有补发其退休金差额。张煜向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，仲裁机构裁决：该案不属于劳动争议范围，不予受理。张煜向人民法院提起诉讼。某学校未参加社会保险统筹，职工退休金一直由其发放。

【争鸣】

■原告张煜诉称，原告作为被告的合同制工人，因退休金问题与被告发生争议，按照现行法律规定，属于劳动争议。劳动争议仲裁委员会裁决错误。原告在退休前后，一直享受事业单位人员的工资和退休金待遇。被告和劳动部门擅自降低原告的退休金待遇，在劳动部门撤销其决定之后，被告仍然不恢复原告的事业单位人员退休待遇和补发退休金差额，侵犯了原告的合法权益。请求人民法院判决被告履行上述义务。

■被告某学校辩称，原告是被告的劳动合同制工人，属企业编制，应当按照企业退休人员标准发放退休金。并且，本案不属于劳动争议，对原告的诉讼请求应当予以驳回。



【律师点评】

首先，我们来看看本案是否属于劳动争议。2008年5月1日起施行的《劳动争议调解仲裁法》第52条规定："事业单位实行聘用制的工作人员与本单位发生劳动争议的，依照本法执行；法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定。"之前适用的《企业劳动争议处理条例》第39条规定："国家机关、事业单位、社会团体与本单位工人之间，个体工商户与帮工、学徒之间，发生的劳动争议，参照本条例执行。"《〈企业劳动争议处理条例〉若干问题解释》第21条规定：《企业劳动争议处理条例》第39条中"工人""包括与国家机关、事业单位、社会团体依法确立劳动关系的固定工人、合同制工人、临时工人等"。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第1条规定："劳动者与用人单位之间发生的下列纠纷，属于《劳动法》第二条规定的劳动争议，当事人不服劳动争议仲裁委员会作出的裁决，依法向人民法院起诉的，人民法院应当受理：……（三）劳动者退休后，与尚未参加社会保险统筹的原用人单位因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险费而发生的纠纷。"本案原告的工作单位虽然是事业性质，但原告属于合同制工人，企业编制；被告未参加社会保险统筹，职工退休金由其自行发放。原告与被告因退休金（养老金）问题发生争议，按照上诉法规、司法解释的规定，属于劳动争议的受理范围。

《劳动法》第73条规定："劳动者在下列情形下，依法享受社会

保险待遇：(一) 退休 (第1款第1项)；劳动者享受的社会保险金必须按时足额支付” (第4款)。关于退休金标准能否变更的问题，我国劳动法并没有明确规定。国务院《关于工人退休、退职的暂行办法》第14条规定：“已按有关规定办理了退休的工人，其退休费标准低于本办法所定标准的，自本办法下达之月起，改按本办法规定的标准发给，……已按有关规定办理了退职的工人，其待遇一律不再变动。”从上述规定的精神来看，劳动者在退休后，其退休金待遇应基本维持稳定。一般而言，用人单位不得变更劳动者的退休金发放标准和发放方式。在本案中，原告虽然是企业编制的合同制工人，但其退休前后的工资和退休金一直是按照事业单位人员标准发放。教育主管部门也是按照事业单位人员批准其退休待遇。原告享有的退休金待遇应当坚持退休后不再变动的原则，确需变动的，也应当有所提高，而不是降低。

实际上，原告作为合同制工人，在其退休前企业编制待遇标准是高于事业标准的，被告按照事业标准发放工资，本身就侵犯了原告的合法权益。1995年，事业编制人员待遇有了较大幅度提高，被告又将原告的退休金调整为企业编制人员标准。这种做法严重损害了劳动者的合法权益。在原告提起行政诉讼后，劳动部门撤销了对原告“按照企业退休人员待遇发放退休金”的审批决定，在没有任何依据的情况下，被告仍然未恢复原告的事业标准退休金待遇并补发差额。对其错误做法应当给予纠正。

81. 退休职工被返聘后的工资是否包括其养老金在内？

【案情】

刘利军是某厂职工，于2006年退休。由于暂时无人接替其工作岗位，某厂经研究决定，对刘利军予以返聘，工作按照该厂惯例，在养老金基础上补足与其在职工资的差额，并享受在职职工的奖金以及福利待遇。因此，刘利军退休后仍继续留在该厂工作。双方签订了1年的返聘协议，约定：刘利军返聘期间享受在职时的工资、奖金以及其他福利待遇。自2006年10月刘利军退休时起，其养老金就由某厂领取和支配，未发放给刘利军。2007年10月，某厂宣布返聘合同终止，不再继续返聘刘利军。刘利军要求某厂返还养老金，遭到拒绝，向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决不予受理，刘利军遂向人民法院提起诉讼。刘利军的养老金为700元/月；返聘期间的工资为900元/月，奖金100元/月。

【争鸣】

■原告刘利军诉称，被告退休后依法享有养老金待遇，被告扣留原告养老金的行为，违反劳动法律、法规的规定。根据当事人双方签订的返聘协议的约定，原告返聘期间享受在职时的工资、奖金以及其他福利待遇，协议并未约定该待遇包括养老金在内。因此，请求人民法院判决被告返还养老金。

■被告某厂辩称，被告返聘职工的惯例是在养老金基础上补足与其在职工资的差额，并享受在职职工的奖金以及福利待遇。被告关

于返聘原告的决定也明确按照惯例执行。在返聘期间，原告的养老金一直由被告领取和支配，原告对此并未提出异议。返聘协议中关于原告返聘期间享受在职时的工资、奖金以及其他福利待遇的约定，其真实意思应为包括原告的养老金在内。而且，如果原告的返聘工资中不包括养老金，被告相当于以近 2000 元的高薪返聘原告，根据该厂的工资水平，显然不符合实际。



【律师点评】

最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第 1 条规定："劳动者与用人单位之间发生的下列纠纷，属于《劳动法》第二条规定的劳动争议，当事人不服劳动争议仲裁委员会作出的裁决，依法向人民法院起诉的，人民法院应当受理：……（三）劳动者退休后，与尚未参加社会保险统筹的原用人单位因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险费而发生的纠纷。"在本案中，被告虽然参加了社会保险，但其与员工之间因养老金的返还问题也应当属于劳动争议，劳动争议仲裁委员会不予受理的决定是错误的。

《劳动法》第 73 条规定："劳动者在下列情形下，依法享受社会保险待遇：（一）退休"；"劳动者享受的社会保险金必须按时足额支付。"退休后享受养老金是劳动者的法定权利，任何人都无权剥夺。原告既已退休，就应当享有养老金待遇。其与被告的劳动关系已不存在，原告也就没有向被告业提供劳动的义务了。被告聘回或留任原告，那是另外重新建立的劳动关系。既然如此，被告就应当按照双方的劳动合同支付原告的工资。被告发给原告的月工资、奖金，是原告依法取得的劳动所得，与原告的养老金发放无联系。而且，原告的养

老金是社保单位发的，不是被告发的，被告代为原告领回的养老金应当如数返还给原告。

当事人双方签订的返聘协议约定：原告返聘期间享受在职时的工资、奖金以及其他福利待遇，协议并未约定该待遇包括养老金在内。而且，原告的养老金为700元/月；返聘期间的工资为900元/月，奖金100元/月。去除原告应当享有的养老金，被告相当于用300元/月的报酬返聘原告，该报酬与原告多年的工作经验和实际付出的劳动相比，明显是不平衡的。被告提出其返聘职工的惯例是在养老金基础上补足与其在职工资的差额，并享受在职职工的奖金以及福利待遇。被告关于返聘原告的决定也明确按照惯例执行。但被告关于原告返聘待遇的决定是其单方作出的，没有获得原告的认可。而原告与被告签订的返聘协议是双方协商同意的，应当按照该协议确定当事人的权利义务。该协议未约定养老金包括在返聘待遇之内，因此，养老金应当予以返还。

82. 劳动者在境外生病，医疗费用由谁承担？

【案情】

某地境外就业指导中心与某公司签订了合作协议，共同从事劳务输出的中介业务。双方约定：由境外就业指导中心提供合格的外派劳务人员，某公司提供外派许可证、与外方签订劳务合同、督促外方履行合同等。外方向两者支付一定的管理费用。2006 年 12 月，夏先波与境外就业指导中心签订了《赴日研修协议书》，约定夏先波以外国研修生身份赴日本，研修期间的医疗保险由外方负责办理。2007 年 8 月，夏先波在日本提供劳务期间生病，回国治疗。2007 年 11 月，夏先波向人民法院提起诉讼，要求境外就业指导中心承担医疗费用。

【争鸣】

■ 原告夏先波诉称，原告与被告签订的《赴日研修协议书》属于劳动合同，原告只与被告签订过协议，与第三人某公司和外国公司没有任何协议。原告在国外的工作以及工资等完全是按照第三人与外国公司的协议安排进行。因此，原、被告之间属于劳动关系，被告应当承担原告的医疗费用。

■ 被告境外就业指导中心辩称，原告与被告签订的《赴日研修协议书》属于劳务中介合同。被告接受第三人某公司委托从事劳务输出中介事务，在接受招工委托后如实公布赴日研修生待遇等。招工采取自愿报名，经日方审查录取后委托被告代为培训、代办护照、签证手续并由日方接受企业按月支付中介费用。原告在日本生活补贴费

用由日方接受企业按月支付原告本人，日方接受企业为原告办理了外国人研修生综合保险，医疗保险费按照日本保险合同规定，由受益人即原告向投保人申请，由投保人向保险机构申请理赔，被告没有义务支付此医疗保险费。事发后，被告积极帮助原告向日本公司争取其生病期间的研修补贴和医疗费问题，已尽到了人道主义义务。

■第三人某公司认为，第三人与原告不存在劳务关系，原告的工资由日本方支付，日本公司作为雇主，我方受日本公司的委托，日本公司将所雇员工的条件与我方说清楚，然后我方把条件与被告说清楚，我方与被告的协议是劳务中介性质，工作介绍完毕，中介任务就算完成，至于后面的事宜中介机构也没有办法管理。日方为原告办理了医疗被保险，其医疗保险费应由日方支付，适用日本国的法律规定，原告回国治疗的医疗费没有得到理赔，在于国内治疗的医疗费发票没按要求寄往日本，责任在于原告自己。



【律师点评】

根据《境外就业中介管理规定》，所谓境外就业，是指中国公民与境外雇主签订劳动合同，在境外提供劳动并获取劳动报酬的就业行为；境外就业中介，是指为中国公民境外就业或者为境外雇主在中国境内招聘中国公民到境外就业提供相关服务的活动。经批准，从事该项活动的机构为境外就业中介机构。境外就业中介机构依法从事下列业务：（一）为中国公民提供境外就业信息、咨询；（二）接受境外雇主的委托，为其推荐所需招聘人员；（三）为境外就业人员进行出境前培训，并协助其办理有关职业资格证书公证等手续；（四）协助境外就业人员办理出境所需要护照、签证、公证材料、体检、防疫注射等手续和证件；（五）为境外就业人员代办社会保险；（六）协助

境外就业人员通过调解、仲裁、诉讼等程序维护其合法权益。

境外就业中介机构应当依法履行下列义务：(一）核查境外雇主的合法开业证明、资信证明、境外雇主所在国家或者地区移民部门或者其他有关政府主管部门批准的招聘外籍人员许可证明等有关资料；(二）协助、指导境外就业人员同境外雇主签订劳动合同，并对劳动合同的内容进行确认。劳动合同内容应当包括合同期限、工作地点、工作内容、工作时间、劳动条件、劳动报酬、社会保险、劳动保护、休息休假、食宿条件、变更或者解除合同的条件以及劳动争议处理、违约责任等条款。境外就业中介机构应当依法与境外就业人员签订境外就业中介服务协议书。协议书应当对双方的权利和义务、服务项目、收费标准、违约责任、赔偿条款等内容作出明确规定。

根据上述法律规定，本案的被告与第三人应当属于境外就业中介机构，原告作为劳务输出人员应当与外方签订劳动合同，与被告与第三人之间不存在劳动关系。原告与被告签订的《赴日研修协议书》属于境外就业中介服务协议书，不是劳动合同。根据该协议的约定，原告研修期间的医疗保险由外方负责。原告应当就医疗费用的问题与外方交涉，也可以请求被告和第三人给予协助，但无权要求被告承担其医疗费用。

83. 单位领导违章指挥的，劳动者能否拒绝执行?

【案情】

刘万涛是某厂的技术工人。2007年9月，刘万涛值夜班时，车间主任为了加快生产进度，指令刘万涛违章操作，遭到刘万涛的拒绝，两人为此发生争执。某厂对刘万涛先是给予通报批评，扣发当月奖金，既而又以“在工作当中不服从指挥，严重违反劳动纪律和用人单位规章制度”为由，决定解除劳动合同。刘万涛不服，向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁裁决：维持某厂的处理决定。刘万涛向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告刘万涛诉称，被告的管理人员在生产中违章指挥，原告有权予以拒绝。被告因此解除与原告的劳动合同，没有法律依据，侵犯了劳动者的合法权益，请求人民法院撤销被告的处理决定。

■ 被告某厂诉称，原告在正常生产活动中不服从领导指挥，严重违反了劳动纪律和被告的规章制度，根据劳动法律、法规的规定，被告有权解除劳动合同，以严肃劳动纪律，维护正常的生产秩序。



【律师点评】

目前有些用人单位，特别是私营企业、外商投资企业，存在片面追求经济效益，忽视安全生产，甚至强令劳动者违章冒险作业，严重

危及了劳动者的生命安全和身体健康。用人单位强令劳动者违章冒险作业，指用人单位的管理人员明知违反国家安全卫生规程，对劳动者生命安全或者身体健康具有危险性，仍然违章指挥，强令劳动者违反有关操作规程冒险作业。劳动者在劳动过程中劳动权仍属于劳动者自己，仍由劳动者自己支配，不是把劳动权完全交给用人单位，所以在用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业时，劳动者可以不服从其指挥或者命令，并有权拒绝执行。

我国《劳动法》第56条第2款明确规定："劳动者对用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业，有权拒绝执行；"《工会法》第24条规定："工会发现企业违章指挥、强令工人冒险作业，或者生产过程中发现明显重大事故隐患和职业危害，有权提出解决的建议，企业应当及时研究答复；发现危及职工生命安全的情况时，工会有权向企业建议组织职工撤离危险现场，企业必须及时作出处理决定。"这是在劳动安全卫生权利受到侵害、生命健康权受到威胁时，法律赋予劳动者的紧急处置权。在此基础上，《劳动合同法》第32条第1款进一步规定："劳动者拒绝用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业的，不视为违反劳动合同。"从而更进一步明确了劳动者在这种情况下不用承担违反劳动合同的法律责任。同时，该法第38条第2款规定："用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。"第88条规定："用人单位有下列情形之一的，依法给予行政处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任：……（二）违章指挥或者强令冒险作业危及劳动者人身安全的。"

另外，《劳动法》第54条规定："用人单位必须为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生条件和必要的劳动防护用品，对从事有职

业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查。”第56条第2款后半段规定：劳动者“对危害生命安全和身体健康的行为，有权提出批评、检举和控告。”《劳动合同法》第32条第2款规定：“劳动者对危害生命安全和身体健康的劳动条件，有权对用人单位提出批评、检举和控告。”根据《劳动法》及其他有关法律、法规的规定，用人单位必须建立、健全劳动安全卫生制度，严格执行国家的劳动安全卫生规程和标准，规范化、科学化地安排生产作业，对劳动者进行劳动安全卫生教育，积极采取切实有效的劳动安全卫生措施，防止劳动过程中的事故，减少职业危害。用人单位如果没有达到国家规定的安全卫生技术标准要求，职工有权提出异议，并要求用人单位改正、改进。对于危害生命安全和身体健康的劳动条件，劳动者有权对用人单位提出批评，并可以向有关主管部门检举、控告。这里的有关主管部门主要为卫生部门、安全生产监督管部门、特种设备安全监督管理部门等有关部门。因为依照我国有关的法律和行政法规的规定，劳动安全卫生的监督检查，由卫生部门、特种设备安全监督管理部门等有关部门依照有关的法律、行政法规执行。卫生部门主要负责用人单位职业病防治方面的监督检查，安全生产监督管理部门主要负责用人单位生产经营场所的安全生产条件、设备设施安全和作业场所的职业卫生方面的监督检查，特种设备安全监督管理部门主要负责涉及公众生命安全和身体健康的锅炉、压力容器、电梯、防爆电器等特种设备的安全生产的监督管理。

在本案中，被告的管理人员在生产活动中违章指挥，原告依法有权拒绝执行其生产指令，不属于违反劳动合同或者用人单位规章制度、劳动纪律的行为。如果情节严重的，用人单位及其直接责任人员还要受到行政处罚，甚至被追究刑事责任；如果给劳动者造成了损害，要给予赔偿。如果危及劳动者生命安全的，劳动者可以立即撤离现场，也可以立即解除与用人单位的劳动合同。

84. 委培生毕业后企业不给安排工作的，如何解决？

【案情】

2004 年，某企业与某技术工人学校签订了《委托培养协议》，约定：某技术工人学校受某企业委托培养技术工人若干名，毕业后由某企业安排工作岗位。某企业在内部发出通知：本企业职工子女可以报考某技术工人学校的委培生，毕业后由本企业安排工作。刘敏等人是该厂职工子女，获悉后即报考了某技术工人学校的委培生，并被某技术工人学校录取。2007 年，刘敏等人毕业后，回到某企业要求安排工作，某企业以市场环境恶化、企业经营状况不佳、人员过剩为由，拒绝为其安排工作。刘敏等人遂向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，仲裁裁决：当事人之间不存在劳动关系，不属于劳动争议受理范围。刘敏等人向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告刘敏等人诉称，在被告承诺毕业后在企业内部安排工作的情况下，原告报告了某技术工人学校的委培生。原告毕业后，被告拒绝为其安排工作岗位，违背了《委托培养协议》的约定，应当承担违约责任。请求人民法院判决被告履行合同义务，为原告安排工作；如果确有困难，无法安排工作岗位，应当赔偿原告的学费等经济损失。

■ 被告某企业辩称，被告与第三人某技术工人学校签订了《委托培养协议》，原告不是合同当事人，原、被告之间不存在合同关

系。原告依据该协议要求被告承担违约责任，安排工作或者赔偿损失，理由不成立。被告委托某技术工人学校的培养技术工人的初衷是好的，目的是为了为本企业培养后备力量，同时解决本企业职工子女的就业问题，但由于市场形势的变化，被告已经无力安排原告等人的工作岗位。这并非被告的过错，因为市场变化是当事人不能预见，也不能避免的。因此，请求人民法院驳回原告的诉讼请求。



【律师点评】

在本案中，原告作为第三人某技术工人学校招收的委培生，能否根据《委托培养协议》的约定要求被告为其安排工作或者承担违约责任、赔偿损失呢？该《委托培养协议》约定：某技术工人学校受某企业委托培养技术工人若干名，毕业后由某企业安排工作岗位。从协议内容上看，确实涉及到原告的就业权益，但该协议的当事人是被告与某技术工人学校，根据合同的相对性原则，合同的效力并仅及于当事人双方，他人不能依据该协议来主张权利。因此，原告不能依据该《委托培养协议》要求被告为其安排工作或者承担违约责任、赔偿损失。

如何来看待原、被告之间的法律关系呢？首先可以明确的是，原、被告之间不存在劳动关系，因为第三人双方既没有签订劳动合同，也没有形成事实上的劳动关系。《劳动合同法》第 3 条第 1 款规定："订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。"在被告拒绝与原告签订劳动合同，为其安排工作岗位的情况下，不能强制被告履行缔约义务，根据我国现行法律规定，强制缔约仅存在与通信、供水、电、热等公益性合同关系中，劳动合同关系中尚不存在强制缔约的法律依据。

但被告与某技术工人学校签订的《委托培养协议》以及被告发出的内部通知——本企业职工子女可以报考某技术工人学校的委培生，毕业后由本企业安排工作，确实向原告发出了某种信息，即要约引诱，即原告在接受由其委托的学校的职业技能培训后，可以向发出要约的单位，要求与之订立劳动合同。届时，被告将与原告订立劳动合同，为其安排工作岗位。该要约引诱足以使上诉人产生一定的信赖，使其在付出时间、金钱和精力并接受培训合格后，向被上诉人某企业发出要约。但原告在按被告规定的条件报考某技术工人学校的委培生并完成学业后，向被告发出订立劳动合同的要约遭其拒绝。虽然双方之间的劳动合同并未签订，但双方之间存在签约意向，并进行了接触，且原告为此进行了三年的职业培训，付出了金钱、时间和精力方面的代价。由此给原告造成的的经济损失是基于其未能与被告签订劳动合同、建立劳动关系而产生的损失，是合同前的信赖利益上的损失而非违约损失。这种损失存在于原告与被告订立劳动合同的过程中而非存在于被告与某技术工人学校订立的委托培养协议形成的法律关系中。

因此，原告可以主张被告承担缔约过失责任。我国《合同法》第42条规定："当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。"所谓缔约过失责任是指在合同未成立的情况下，一方当事人在缔约过程中的过失行为致他方承受损失，依法应承担的民事赔偿责任。缔约过失责任是缔结合同过程中产生的民事责任，其所保护的是一种信赖利益。所谓信赖利益也称消极利益，是指无过错合同一方当事人因合同不成立等原因遭受的实际损失，故缔约过失责任仅仅是一种补偿性的司法救济，过错方应承担的是损害赔偿责任。对缔约过失责任的性质，普遍认为：当事

人为订立合同在协商之际已由一般的普通关系转入一种特殊的信赖关系，依民法的诚实信用原则，尽管此时合同尚未成立，仍然在当事人之间产生了互相照顾、协调、保护、诚实等附随义务，违反这种义务，即构成缔约上的过失，致使合同不能成立，造成损失的应负赔偿责任。

我国《合同法》第42条对当事人在订立合同过程中有关缔约过失采取列举式：(1) 假借订立合同，恶意进行磋商；(2) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或提供虚假情况；(3) 其他违背诚实信用原则的行为。由此不难看出，构成缔约过失责任应同时具备以下条件：(1) 缔约人一方违反附随义务。由于附随这些义务以诚实信用原则为基础，随着债的关系的发展而逐渐产生，而当事人一方假借签订合同，以损害对方利益为目的，恶意磋商，或者以其他违背诚实信用原则的行为损害对方利益的，就违反了附随义务。(2) 缔约对方当事人受到损失。此处的损失仅指财产损失而不包括精神损害。该损失为信赖利益的损失而非履行利益的损失。其赔偿范围只能是实际受到的损失。(3) 违反先合同一方本身有过错。违反先合同义务与遭受损失之间具有因果关系，即该损失是由违反先合同义务引起的。

被告声称：其委托某技术工人学校的培养技术工人的初衷是好的，目的是为了为本企业培养后备力量，同时解决本企业职工子女的就业问题，但由于市场形势的变化，被告已经无力安排原告等人的工作岗位。这并非被告的过错，因为市场变化是当事人不能预见，也不能避免的。对此，应当看到，市场形势和企业经营状况的变化虽然是不能避免的，但并非不可预见和不可克服。被告应当预见到在市场形势变化万千的情况下，作出为原告安排工作的承诺，若干年之后可能无法兑现。而且，随着市场经济的发展和就业形势的变化，大中专毕业生的就业机制也发生了变化，用人单位与劳动者之间双向选择，而被告仍然沿用委托培养这种具有计划经济色彩的、落后的人才培养、

录用机制，承诺毕业后安排工作。被告在与原告订立劳动合同的过程中本身就是有过失的，在原告接受了被告委托的学校的职业技能培训，付出了时间、金钱和精力后，又拒绝为其安排工作，违背了诚实信用的原则以及由此产生的先契约义务，损害了原告的信赖利益，应当对原告的损失承担缔约过失责任。

附 录

中华人民共和国劳动法

第一章 总则

第一条 为了保护劳动者的合法权益，调整劳动关系，建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度，促进经济发展和社会进步，根据宪法，制定本法。

第二条 在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。

国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本法执行。

第三条 劳动者享有平等就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、提请劳动争议处理的权利以及法律规定的其他劳动权利。

劳动者应当完成劳动任务，提高职业技能，执行劳动安全卫生规程，遵守劳动纪律和职业道德。

第四条 用人单位应当依法建立和完善规章制度，保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务。

第五条 国家采取各种措施，促进劳动就业，发展职业教育，制定劳动标准，调节社会收入，完善社会保险，协调劳动关系，逐步提

高劳动者的生活水平。

第六条 国家提倡劳动者参加社会义务劳动，开展劳动竞赛和合理化建议活动，鼓励和保护劳动者进行科学研究、技术革新和发明创造，表彰和奖励劳动模范和先进工作者。

第七条 劳动者有权依法参加和组织工会。

工会代表和维护劳动者的合法权益，依法独立自主地开展活动。

第八条 劳动者依照法律规定，通过职工大会、职工代表大会或者其他形式，参与民主管理或者就保护劳动者合法权益与用人单位进行平等协商。

第九条 国务院劳动行政部门主管全国劳动工作。

县级以上地方人民政府劳动行政部门主管本行政区域内的劳动工作。

第二章 促进就业

第十条 国家通过促进经济和社会发展，创造就业条件，扩大就业机会。

国家鼓励企业、事业组织、社会团体在法律、行政法规规定的范围内兴办产业或者拓展经营，增加就业。

国家支持劳动者自愿组织起来就业和从事个体经营实现就业。

第十一条 地方各级人民政府应当采取措施，发展多种类型的职业介绍机构，提供就业服务。

第十二条 劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视。

第十三条 妇女享有与男子平等的就业权利。在录用职工时，除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。

第十四条 残疾人、少数民族人员、退出现役的军人的就业，法

律、法规有特别规定的，从其规定。

第十五条 禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。

文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人，必须依照国家有关规定，履行审批手续，并保障其接受义务教育的权利。

第三章 劳动合同和集体合同

第十六条 劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议。

建立劳动关系应当订立劳动合同。

第十七条 订立和变更劳动合同，应当遵循平等自愿、协商一致的原则，不得违反法律、行政法规的规定。

劳动合同依法订立即具有法律约束力，当事人必须履行劳动合同规定的义务。

第十八条 下列劳动合同无效：

（一）违反法律、行政法规的劳动合同；

（二）采取欺诈、威胁等手段订立的劳动合同。

无效的劳动合同，从订立的时候起，就没有法律约束力。确认劳动合同部分无效的，如果不影响其余部分的效力，其余部分仍然有效。

劳动合同的无效，由劳动争议仲裁委员会或者人民法院确认。

第十九条 劳动合同应当以书面形式订立，并具备以下条款：

（一）劳动合同期限；

（二）工作内容；

（三）劳动保护和劳动条件；

（四）劳动报酬；

（五）劳动纪律；

（六）劳动合同终止的条件；

（七）违反劳动合同的责任。

劳动合同除前款规定的必备条款外，当事人可以协商约定其他内容。

第二十条 劳动合同的期限分为有固定期限、无固定期限和以完成一定的工作为期限。

劳动者在同一用人单位连续工作满十年以上，当事人双方同意延续劳动合同的，如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同，应当订立无固定期限的劳动合同。

第二十一条 劳动合同可以约定试用期。试用期最长不得超过六个月。

第二十二条 劳动合同当事人可以在劳动合同中约定保守用人单位商业秘密的有关事项。

第二十三条 劳动合同期满或者当事人约定的劳动合同终止条件出现，劳动合同即行终止。

第二十四条 经劳动合同当事人协商一致，劳动合同可以解除。

第二十五条 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；

（二）严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的；

（三）严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的；

（四）被依法追究刑事责任的。

第二十六条 有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前三十日以书面形式通知劳动者本人：

（一）劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的。

第二十七条 用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难，确需裁减人员的，应当提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见，经向劳动行政部门报告后，可以裁减人员。

用人单位依据本条规定裁减人员，在六个月内录用人员的，应当优先录用被裁减的人员。

第二十八条 用人单位依据本法第二十四条、第二十六条、第二十七条的规定解除劳动合同的，应当依照国家有关规定给予经济补偿。

第二十九条 劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依据本法第二十六条、第二十七条的规定解除劳动合同：

（一）患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；

（二）患病或者负伤，在规定的医疗期内的；

（三）女职工在孕期、产假、哺乳期内的；

（四）法律、行政法规规定的其他情形。

第三十条 用人单位解除劳动合同，工会认为不适当的，有权提出意见。如果用人单位违反法律、法规或者劳动合同，工会有权要求重新处理；劳动者申请仲裁或者提起诉讼的，工会应当依法给予支持和帮助。

第三十一条 劳动者解除劳动合同，应当提前三十日以书面形式通知用人单位。

第三十二条 有下列情形之一的，劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同：

（一）在试用期内的；

（二）用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的；

（三）用人单位未按照劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的。

第三十三条 企业职工一方与企业可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项，签订集体合同。集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。

集体合同由工会代表职工与企业签订；没有建立工会的企业，由职工推举的代表与企业签订。

第三十四条 集体合同签订后应当报送劳动行政部门；劳动行政部门自收到集体合同文本之日起十五日内未提出异议的，集体合同即行生效。

第三十五条 依法签订的集体合同对企业和企业全体职工具有约束力。职工个人与企业订立的劳动合同中劳动条件和劳动报酬等标准不得低于集体合同的规定。

第四章 工作时间和休息休假

第三十六条 国家实行劳动者每日工作时间不超过八小时、平均每周工作时间不超过四十四小时的工时制度。

第三十七条 对实行计件工作的劳动者，用人单位应当根据本法第三十六条规定的工时制度合理确定其劳动定额和计件报酬标准。

第三十八条 用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日。

第三十九条 企业因生产特点不能实行本法第三十六条、第三十八条规定的，经劳动行政部门批准，可以实行其他工作和休息办法。

第四十条 用人单位在下列节日期间应当依法安排劳动者休假：

（一）元旦；

（二）春节；

（三）国际劳动节；

（四）国庆节；

（五）法律、法规规定的其他休假节日。

第四十一条 用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过一小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过三小时，但是每月不得超过三十六小时。

第四十二条 有下列情形之一的，延长工作时间不受本法第四十一条规定的限制：

（一）发生自然灾害、事故或者因其他原因，威胁劳动者生命健康和财产安全，需要紧急处理的；

（二）生产设备、交通运输线路、公共设施发生故障，影响生产和公众利益，必须及时抢修的；

（三）法律、行政法规规定的其他情形。

第四十三条 用人单位不得违反本法规定延长劳动者的工作时间。

第四十四条 有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：

（一）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；

（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；

（三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。

第四十五条 国家实行带薪年休假制度。

劳动者连续工作一年以上的，享受带薪年休假。具体办法由国务院规定。

第五章　工资

第四十六条　工资分配应当遵循按劳分配原则，实行同工同酬。

工资水平在经济发展的基础上逐步提高。国家对工资总量实行宏观调控。

第四十七条　用人单位根据本单位的生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。

第四十八条　国家实行最低工资保障制度。最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定，报国务院备案。

用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准。

第四十九条　确定和调整最低工资标准应当综合参考下列因素：

（一）劳动者本人及平均赡养人口的最低生活费用；

（二）社会平均工资水平；

（三）劳动生产率；

（四）就业状况；

（五）地区之间经济发展水平的差异。

第五十条　工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。

第五十一条　劳动者在法定休假日和婚丧假期间以及依法参加社会活动期间，用人单位应当依法支付工资。

第六章　劳动安全卫生

第五十二条　用人单位必须建立、健全劳动安全卫生制度，严格执行国家劳动安全卫生规程和标准，对劳动者进行劳动安全卫生教育，防止劳动过程中的事故，减少职业危害。

第五十三条　劳动安全卫生设施必须符合国家规定的标准。

新建、改建、扩建工程的劳动安全卫生设施必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投入生产和使用。

第五十四条 用人单位必须为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生条件和必要的劳动防护用品，对从事有职业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查。

第五十五条 从事特种作业的劳动者必须经过专门培训并取得特种作业资格。

第五十六条 劳动者在劳动过程中必须严格遵守安全操作规程。

劳动者对用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业，有权拒绝执行；对危害生命安全和身体健康的行为，有权提出批评、检举和控告。

第五十七条 国家建立伤亡事故和职业病统计报告和处理制度。县级以上各级人民政府劳动行政部门、有关部门和用人单位应当依法对劳动者在劳动过程中发生的伤亡事故和劳动者的职业病状况，进行统计、报告和处理。

第七章 女职工和未成年工特殊保护

第五十八条 国家对女职工和未成年工实行特殊劳动保护。

未成年工是指年满十六周岁未满十八周岁的劳动者。

第五十九条 禁止安排女职工从事矿山井下、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。

第六十条 不得安排女职工在经期从事高处、低温、冷水作业和国家规定的第三级体力劳动强度的劳动。

第六十一条 不得安排女职工在怀孕期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和孕期禁忌从事的活动。对怀孕七个月以上的女职工，不得安排其延长工作时间和夜班劳动。

第六十二条 女职工生育享受不少于九十天的产假。

第六十三条 不得安排女职工在哺乳未满一周岁的婴儿期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和哺乳期禁忌从事的其他劳

动，不得安排其延长工作时间和夜班劳动。

第六十四条 不得安排未成年工从事矿山井下、有毒有害、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。

第六十五条 用人单位应当对未成年工定期进行健康检查。

第八章 职业培训

第六十六条 国家通过各种途径，采取各种措施，发展职业培训事业，开发劳动者的职业技能，提高劳动者素质，增强劳动者的就业能力和工作能力。

第六十七条 各级人民政府应当把发展职业培训纳入社会经济发展的规划，鼓励和支持有条件的企业、事业组织、社会团体和个人进行各种形式的职业培训。

第六十八条 用人单位应当建立职业培训制度，按照国家规定提取和使用职业培训经费，根据本单位实际，有计划地对劳动者进行职业培训。

从事技术工种的劳动者，上岗前必须经过培训。

第六十九条 国家确定职业分类，对规定的职业制定职业技能标准，实行职业资格证书制度，由经过政府批准的考核鉴定机构负责对劳动者实施职业技能考核鉴定。

第九章 社会保险和福利

第七十条 国家发展社会保险事业，建立社会保险制度，设立社会保险基金，使劳动者在年老、患病、工伤、失业、生育等情况下获得帮助和补偿。

第七十一条 社会保险水平应当与社会经济发展水平和社会承受能力相适应。

第七十二条 社会保险基金按照保险类型确定资金来源，逐步实行社会统筹。用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保

险费。

第七十三条 劳动者在下列情形下，依法享受社会保险待遇：

（一）退休；

（二）患病、负伤；

（三）因工伤残或者患职业病；

（四）失业；

（五）生育。

劳动者死亡后，其遗属依法享受遗属津贴。

劳动者享受社会保险待遇的条件和标准由法律、法规规定。

劳动者享受的社会保险金必须按时足额支付。



第七十四条 社会保险基金经办机构依照法律规定收支、管理和运营社会保险基金，并负有使社会保险基金保值增值的责任。

社会保险基金监督机构依照法律规定，对社会保险基金的收支、管理和运营实施监督。

社会保险基金经办机构和社会保险基金监督机构的设立和职能由法律规定。

任何组织和个人不得挪用社会保险基金。

第七十五条 国家鼓励用人单位根据本单位实际情况为劳动者建立补充保险。

国家提倡劳动者个人进行储蓄性保险。

第七十六条 国家发展社会福利事业，兴建公共福利设施，为劳动者休息、休养和疗养提供条件。

用人单位应当创造条件，改善集体福利，提高劳动者的福利待遇。

第十章 劳动争议

第七十七条 用人单位与劳动者发生劳动争议，当事人可以依法

申请调解、仲裁、提起诉讼，也可以协商解决。

调解原则适用于仲裁和诉讼程序。

第七十八条 解决劳动争议，应当根据合法、公正、及时处理的原则，依法维护劳动争议当事人的合法权益。

第七十九条 劳动争议发生后，当事人可以向本单位劳动争议调解委员会申请调解；调解不成，当事人一方要求仲裁的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。当事人一方也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。

第八十条 在用人单位内，可以设立劳动争议调解委员会。劳动争议调解委员会由职工代表、用人单位代表和工会代表组成。劳动争议调解委员会主任由工会代表担任。

劳动争议经调解达成协议的，当事人应当履行。

第八十一条 劳动争议仲裁委员会由劳动行政部门代表、同级工会代表、用人单位方面的代表组成。劳动争议仲裁委员会主任由劳动行政部门代表担任。

第八十二条 提出仲裁要求的一方应当自劳动争议发生之日起六十日内向劳动争议仲裁委员会提出书面申请。仲裁裁决一般应在收到仲裁申请的六十日内作出。对仲裁裁决无异议的，当事人必须履行。

第八十三条 劳动争议当事人对仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。一方当事人在法定期限内不起诉又不履行仲裁裁决的，另一方当事人可以申请人民法院强制执行。

第八十四条 因签订集体合同发生争议，当事人协商解决不成的，当地人民政府劳动行政部门可以组织有关各方协调处理。

因履行集体合同发生争议，当事人协商解决不成的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；对仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

第十一章　监督检查

第八十五条　县级以上各级人民政府劳动行政部门依法对用人单位遵守劳动法律、法规的情况进行监督检查，对违反劳动法律、法规的行为有权制止，并责令改正。

第八十六条　县级以上各级人民政府劳动行政部门监督检查人员执行公务，有权进入用人单位了解执行劳动法律、法规的情况，查阅必要的资料，并对劳动场所进行检查。

县级以上各级人民政府劳动行政部门监督检查人员执行公务，必须出示证件，秉公执法并遵守有关规定。

第八十七条　县级以上各级人民政府有关部门在各自职责范围内，对用人单位遵守劳动法律、法规的情况进行监督。

第八十八条　各级工会依法维护劳动者的合法权益，对用人单位遵守劳动法律、法规的情况进行监督。

任何组织和个人对于违反劳动法律、法规的行为有权检举和控告。

第十二章　法律责任

第八十九条　用人单位制定的劳动规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门给予警告，责令改正；对劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

第九十条　用人单位违反本法规定，延长劳动者工作时间的，由劳动行政部门给予警告，责令改正，并可以处以罚款。

第九十一条　用人单位有下列侵害劳动者合法权益情形之一的，由劳动行政部门责令支付劳动者的工资报酬、经济补偿，并可以责令支付赔偿金：

（一）克扣或者无故拖欠劳动者工资的；

（二）拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的；

（三）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；

（四）解除劳动合同后，未依照本法规定给予劳动者经济补偿的。

第九十二条 用人单位的劳动安全设施和劳动卫生条件不符合国家规定或者未向劳动者提供必要的劳动防护用品和劳动保护设施的，由劳动行政部门或者有关部门责令改正，可以处以罚款；情节严重的，提请县级以上人民政府决定责令停产整顿；对事故隐患不采取措施，致使发生重大事故，造成劳动者生命和财产损失的，对责任人员比照刑法第一百八十七条的规定追究刑事责任。

第九十三条 用人单位强令劳动者违章冒险作业，发生重大伤亡事故，造成严重后果的，对责任人员依法追究刑事责任。

第九十四条 用人单位非法招用未满十六周岁的未成年人的，由劳动行政部门责令改正，处以罚款；情节严重的，由工商行政管理部门吊销营业执照。

第九十五条 用人单位违反本法对女职工和未成年工的保护规定，侵害其合法权益的，由劳动行政部门责令改正，处以罚款；对女职工或者未成年工造成损害的，应当承担赔偿责任。

第九十六条 用人单位有下列行为之一，由公安机关对责任人员处以十五日以下拘留、罚款或者警告；构成犯罪的，对责任人员依法追究刑事责任：

（一）以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的；

（二）侮辱、体罚、殴打、非法搜查和拘禁劳动者的。

第九十七条 由于用人单位的原因订立的无效合同，对劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

第九十八条 用人单位违反本法规定的条件解除劳动合同或者故意拖延不订立劳动合同的，由劳动行政部门责令改正；对劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

第九十九条 用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，该用人单位应当依法承担连带赔偿责任。

第一百条 用人单位无故不缴纳社会保险费的，由劳动行政部门责令其限期缴纳；逾期不缴的，可以加收滞纳金。

第一百零一条 用人单位无理阻挠劳动行政部门、有关部门及其工作人员行使监督检查权，打击报复举报人员的，由劳动行政部门或者有关部门处以罚款；构成犯罪的，对责任人员依法追究刑事责任。

第一百零二条 劳动者违反本法规定的条件解除劳动合同或者违反劳动合同中约定的保密事项，对用人单位造成经济损失的，应当依法承担赔偿责任。

第一百零三条 劳动行政部门或者有关部门的工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊，构成犯罪的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，给予行政处分。

第一百零四条 国家工作人员和社会保险基金经办机构的工作人员挪用社会保险基金，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第一百零五条 违反本法规定侵害劳动者合法权益，其他法律、行政法规已规定处罚的，依照该法律、行政法规的规定处罚。

第十三章　附则

第一百零六条 省、自治区、直辖市人民政府根据本法和本地区的实际情况，规定劳动合同制度的实施步骤，报国务院备案。

第一百零七条 本法自 1995 年 1 月 1 日起施行。

中华人民共和国劳动合同法

第一章　总则

第一条　为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，制定本法。

第二条　中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。

国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。

第三条　订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。

依法订立的劳动合同具有约束力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同约定的义务。

第四条　用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。

用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。

在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适

当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。

用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。

第五条 县级以上人民政府劳动行政部门会同工会和企业方面代表，建立健全协调劳动关系三方机制，共同研究解决有关劳动关系的重大问题。

第六条 工会应当帮助、指导劳动者与用人单位依法订立和履行劳动合同，并与用人单位建立集体协商机制，维护劳动者的合法权益。

第二章 劳动合同的订立

第七条 用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。用人单位应当建立职工名册备查。

第八条 用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。

第九条 用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。

第十条 建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。

已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。

用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。

第十一条 用人单位未在用工的同时订立书面劳动合同，与劳动者约定的劳动报酬不明确的，新招用的劳动者的劳动报酬按照集体合

同规定的标准执行；没有集体合同或者集体合同未规定的，实行同工同酬。

第十二条 劳动合同分为固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

第十三条 固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定合同终止时间的劳动合同。

用人单位与劳动者协商一致，可以订立固定期限劳动合同。

第十四条 无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。

用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：

（一）劳动者在该用人单位连续工作满十年的；

（二）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；

（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。

用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

第十五条 以完成一定工作任务为期限的劳动合同，是指用人单位与劳动者约定以某项工作的完成为合同期限的劳动合同。

用人单位与劳动者协商一致，可以订立以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

第十六条 劳动合同由用人单位与劳动者协商一致，并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章生效。

劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。

第十七条 劳动合同应当具备以下条款：

（一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；

（二）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；

（三）劳动合同期限；

（四）工作内容和工作地点；

（五）工作时间和休息休假；

（六）劳动报酬；

（七）社会保险；

（八）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；

（九）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

劳动合同除前款规定的必备条款外，用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。

第十八条 劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确，引发争议的，用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的，适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家有关规定。

第十九条 劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。

同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。

以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期。

试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。

第二十条 劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

第二十一条 在试用期中，除劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。

第二十二条 用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。

劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

用人单位与劳动者约定服务期的，不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。

第二十三条 用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

第二十四条 竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。

在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不

得超过二年。

第二十五条 除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。

第二十六条 下列劳动合同无效或者部分无效：

（一）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；

（二）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；

（三）违反法律、行政法规强制性规定的。

对劳动合同的无效或者部分无效有争议的，由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。

第二十七条 劳动合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

第二十八条 劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

第三章　劳动合同的履行和变更

第二十九条 用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务。

第三十条 用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬。

用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的，劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令，人民法院应当依法发出支付令。

第三十一条 用人单位应当严格执行劳动定额标准，不得强迫或者变相强迫劳动者加班。用人单位安排加班的，应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。

第三十二条 劳动者拒绝用人单位管理人员违章指挥、强令冒险

作业的，不视为违反劳动合同。

劳动者对危害生命安全和身体健康的劳动条件，有权对用人单位提出批评、检举和控告。

第三十三条 用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项，不影响劳动合同的履行。

第三十四条 用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。

第三十五条 用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。

变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。

第四章 劳动合同的解除和终止

第三十六条 用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。

第三十七条 劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。

第三十八条 用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：

（一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；

（二）未及时足额支付劳动报酬的；

（三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；

（四）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；

（五）因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；

（六）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。

第三十九条 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；

（二）严重违反用人单位的规章制度的；

（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

（四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；

（五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；

（六）被依法追究刑事责任的。

第四十条 有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：

（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

第四十一条 有下列情形之一，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：

（一）依照企业破产法规定进行重整的；

（二）生产经营发生严重困难的；

（三）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；

（四）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

裁减人员时，应当优先留用下列人员：

（一）与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；

（二）与本单位订立无固定期限劳动合同的；

（三）家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。

用人单位依照本条第一款规定裁减人员，在六个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

第四十二条 劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：

（一）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；

（二）在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；

（三）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；

（四）女职工在孕期、产期、哺乳期的；

（五）在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；

（六）法律、行政法规规定的其他情形。

第四十三条 用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会

有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。

第四十四条 有下列情形之一的，劳动合同终止：

（一）劳动合同期满的；

（二）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；

（三）劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；

（四）用人单位被依法宣告破产的；

（五）用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；

（六）法律、行政法规规定的其他情形。

第四十五条 劳动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。但是，本法第四十二条第二项规定丧失或者部分丧失劳动能力劳动者的劳动合同的终止，按照国家有关工伤保险的规定执行。

第四十六条 有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：

（一）劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的；

（二）用人单位依照本法第三十六条规定向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的；

（三）用人单位依照本法第四十条规定解除劳动合同的；

（四）用人单位依照本法第四十一条第一款规定解除劳动合同的；

（五）除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，依照本法第四十四条第一项规定终止固定期限劳动合同的；

（六）依照本法第四十四条第四项、第五项规定终止劳动合同的；



（七）法律、行政法规规定的其他情形。

第四十七条 经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。

劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。

本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。

第四十八条 用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。

第四十九条 国家采取措施，建立健全劳动者社会保险关系跨地区转移接续制度。

第五十条 用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。

劳动者应当按照双方约定，办理工作交接。用人单位依照本法有关规定应当向劳动者支付经济补偿的，在办结工作交接时支付。

用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存二年备查。

第五章 特别规定

第一节 集体合同

第五十一条 企业职工一方与用人单位通过平等协商，可以就劳

动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立集体合同。集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。

集体合同由工会代表企业职工一方与用人单位订立；尚未建立工会的用人单位，由上级工会指导劳动者推举的代表与用人单位订立。

第五十二条 企业职工一方与用人单位可以订立劳动安全卫生、女职工权益保护、工资调整机制等专项集体合同。

第五十三条 在县级以下区域内，建筑业、采矿业、餐饮服务业等行业可以由工会与企业方面代表订立行业性集体合同，或者订立区域性集体合同。

第五十四条 集体合同订立后，应当报送劳动行政部门；劳动行政部门自收到集体合同文本之日起十五日内未提出异议的，集体合同即行生效。

依法订立的集体合同对用人单位和劳动者具有约束力。行业性、区域性集体合同对当地本行业、本区域的用人单位和劳动者具有约束力。

第五十五条 集体合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于当地人民政府规定的最低标准；用人单位与劳动者订立的劳动合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于集体合同规定的标准。

第五十六条 用人单位违反集体合同，侵犯职工劳动权益的，工会可以依法要求用人单位承担责任；因履行集体合同发生争议，经协商解决不成的，工会可以依法申请仲裁、提起诉讼。

第二节 劳务派遣

第五十七条 劳务派遣单位应当依照公司法的有关规定设立，注册资本不得少于五十万元。

第五十八条 劳务派遣单位是本法所称用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合

同，除应当载明本法第十七条规定的事项外，还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。

劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同，按月支付劳动报酬；被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。

第五十九条 劳务派遣单位派遣劳动者应当与接受以劳务派遣形式用工的单位（以下称用工单位）订立劳务派遣协议。劳务派遣协议应当约定派遣岗位和人员数量、派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任。

用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限，不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议。

第六十条 劳务派遣单位应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣劳动者。

劳务派遣单位不得克扣用工单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动报酬。

劳务派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用。

第六十一条 劳务派遣单位跨地区派遣劳动者的，被派遣劳动者享有的劳动报酬和劳动条件，按照用工单位所在地的标准执行。

第六十二条 用工单位应当履行下列义务：

（一）执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护；

（二）告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬；

（三）支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇；

（四）对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训；

（五）连续用工的，实行正常的工资调整机制。

用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位。

第六十三条 被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

第六十四条 被派遣劳动者有权在劳务派遣单位或者用工单位依法参加或者组织工会，维护自身的合法权益。

第六十五条 被派遣劳动者可以依照本法第三十六条、第三十八条的规定与劳务派遣单位解除劳动合同。

被派遣劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定情形的，用工单位可以将劳动者退回劳务派遣单位，劳务派遣单位依照本法有关规定，可以与劳动者解除劳动合同。

第六十六条 劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。

第六十七条 用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者。

第三节 非全日制用工

第六十八条 非全日制用工，是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式。

第六十九条 非全日制用工双方当事人可以订立口头协议。

从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同；但是，后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。

第七十条 非全日制用工双方当事人不得约定试用期。

第七十一条 非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工，用人单位不向劳动者支付经济补偿。

第七十二条 非全日制用工小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准。

非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过十五日。

第六章　监督检查

第七十三条　国务院劳动行政部门负责全国劳动合同制度实施的监督管理。

县级以上地方人民政府劳动行政部门负责本行政区域内劳动合同制度实施的监督管理。

县级以上各级人民政府劳动行政部门在劳动合同制度实施的监督管理工作中，应当听取工会、企业方面代表以及有关行业主管部门的意见。

第七十四条　县级以上地方人民政府劳动行政部门依法对下列实施劳动合同制度的情况进行监督检查：

（一）用人单位制定直接涉及劳动者切身利益的规章制度及其执行的情况；

（二）用人单位与劳动者订立和解除劳动合同的情况；

（三）劳务派遣单位和用工单位遵守劳务派遣有关规定的情况；

（四）用人单位遵守国家关于劳动者工作时间和休息休假规定的情况；

（五）用人单位支付劳动合同约定的劳动报酬和执行最低工资标准的情况；

（六）用人单位参加各项社会保险和缴纳社会保险费的情况；

（七）法律、法规规定的其他劳动监察事项。

第七十五条　县级以上地方人民政府劳动行政部门实施监督检查时，有权查阅与劳动合同、集体合同有关的材料，有权对劳动场所进行实地检查，用人单位和劳动者都应当如实提供有关情况和材料。

劳动行政部门的工作人员进行监督检查，应当出示证件，依法行使职权，文明执法。

第七十六条 县级以上人民政府建设、卫生、安全生产监督管理等有关主管部门在各自职责范围内，对用人单位执行劳动合同制度的情况进行监督管理。

第七十七条 劳动者合法权益受到侵害的，有权要求有关部门依法处理，或者依法申请仲裁、提起诉讼。

第七十八条 工会依法维护劳动者的合法权益，对用人单位履行劳动合同、集体合同的情况进行监督。用人单位违反劳动法律、法规和劳动合同、集体合同的，工会有权提出意见或者要求纠正；劳动者申请仲裁、提起诉讼的，工会依法给予支持和帮助。

第七十九条 任何组织或者个人对违反本法的行为都有权举报，县级以上人民政府劳动行政部门应当及时核实、处理，并对举报有功人员给予奖励。

第七章 法律责任

第八十条 用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门责令改正，给予警告；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

第八十一条 用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定的劳动合同必备条款或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

第八十二条 用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。

用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。

第八十三条 用人单位违反本法规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位

以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

第八十四条 用人单位违反本法规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。

用人单位违反本法规定，以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

劳动者依法解除或者终止劳动合同，用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的，依照前款规定处罚。

第八十五条 用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金：

（一）未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬的；

（二）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；

（三）安排加班不支付加班费的；

（四）解除或者终止劳动合同，未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的。

第八十六条 劳动合同依照本法第二十六条规定被确认无效，给对方造成损害的，有过错的一方应当承担赔偿责任。

第八十七条 用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。

第八十八条 用人单位有下列情形之一的，依法给予行政处罚；

构成犯罪的，依法追究刑事责任；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任：

（一）以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的；

（二）违章指挥或者强令冒险作业危及劳动者人身安全的；

（三）侮辱、体罚、殴打、非法搜查或者拘禁劳动者的；

（四）劳动条件恶劣、环境污染严重，给劳动者身心健康造成严重损害的。

第八十九条 用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

第九十条 劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

第九十一条 用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。

第九十二条 劳务派遣单位违反本法规定的，由劳动行政部门和其他有关主管部门责令改正；情节严重的，以每人一千元以上五千元以下的标准处以罚款，并由工商行政管理部门吊销营业执照；给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。

第九十三条 对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为，依法追究法律责任；劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

第九十四条 个人承包经营违反本法规定招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。

第九十五条 劳动行政部门和其他有关主管部门及其工作人员玩

忽职守、不履行法定职责，或者违法行使职权，给劳动者或者用人单位造成损害的，应当承担赔偿责任；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第八章　附　则

第九十六条　事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定；未作规定的，依照本法有关规定执行。

第九十七条　本法施行前已依法订立且在本法施行之日存续的劳动合同，继续履行；本法第十四条第二款第三项规定连续订立固定期限劳动合同的次数，自本法施行后续订固定期限劳动合同时开始计算。

本法施行前已建立劳动关系，尚未订立书面劳动合同的，应当自本法施行之日起一个月内订立。

本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止，依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自本法施行之日起计算；本法施行前按照当时有关规定，用人单位应当向劳动者支付经济补偿的，按照当时有关规定执行。

第九十八条　本法自 2008 年 1 月 1 日起施行。

中华人民共和国劳动合同法实施条例

第一章　总则

第一条　为了贯彻实施《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称劳动合同法），制定本条例。

第二条　各级人民政府和县级以上人民政府劳动行政等有关部门以及工会等组织，应当采取措施，推动劳动合同法的贯彻实施，促进劳动关系的和谐。

第三条　依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会，属于劳动合同法规定的用人单位。

第二章　劳动合同的订立

第四条　劳动合同法规定的用人单位设立的分支机构，依法取得营业执照或者登记证书的，可以作为用人单位与劳动者订立劳动合同；未依法取得营业执照或者登记证书的，受用人单位委托可以与劳动者订立劳动合同。

第五条　自用工之日起一个月内，经用人单位书面通知后，劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，无需向劳动者支付经济补偿，但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。

第六条　用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳

动关系，并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿。

前款规定的用人单位向劳动者每月支付两倍工资的起算时间为用工之日起满一个月的次日，截止时间为补订书面劳动合同的前一日。

第七条 用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当立即与劳动者补订书面劳动合同。

第八条 劳动合同法第七条规定的职工名册，应当包括劳动者姓名、性别、公民身份号码、户籍地址及现住址、联系方式、用工形式、用工起始时间、劳动合同期限等内容。

第九条 劳动合同法第十四条第二款规定的连续工作满 10 年的起始时间，应当自用人单位用工之日起计算，包括劳动合同法施行前的工作年限。

第十条 劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的，劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。原用人单位已经向劳动者支付经济补偿的，新用人单位在依法解除、终止劳动合同计算支付经济补偿的工作年限时，不再计算劳动者在原用人单位的工作年限。

第十一条 除劳动者与用人单位协商一致的情形外，劳动者依照劳动合同法第十四条第二款的规定，提出订立无固定期限劳动合同的，用人单位应当与其订立无固定期限劳动合同。对劳动合同的内容，双方应当按照合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则协商确定；对协商不一致的内容，依照劳动合同法第十八条的规定执行。

第十二条 地方各级人民政府及县级以上地方人民政府有关部门为安置就业困难人员提供的给予岗位补贴和社会保险补贴的公益性岗

附录

位，其劳动合同不适用劳动合同法有关无固定期限劳动合同的规定以及支付经济补偿的规定。

第十三条 用人单位与劳动者不得在劳动合同法第四十四条规定的劳动合同终止情形之外约定其他的劳动合同终止条件。

第十四条 劳动合同履行地与用人单位注册地不一致的，有关劳动者的最低工资标准、劳动保护、劳动条件、职业危害防护和本地区上年度职工月平均工资标准等事项，按照劳动合同履行地的有关规定执行；用人单位注册地的有关标准高于劳动合同履行地的有关标准，且用人单位与劳动者约定按照用人单位注册地的有关规定执行的，从其约定。

第十五条 劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资的80%或者不得低于劳动合同约定工资的80%，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

第十六条 劳动合同法第二十二条第二款规定的培训费用，包括用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用以及因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用。

第十七条 劳动合同期满，但是用人单位与劳动者依照劳动合同法第二十二条的规定约定的服务期尚未到期的，劳动合同应当续延至服务期满；双方另有约定的，从其约定。

第三章 劳动合同的解除和终止

第十八条 有下列情形之一的，依照劳动合同法规定的条件、程序，劳动者可以与用人单位解除固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同或者以完成一定工作任务为期限的劳动合同：

（一）劳动者与用人单位协商一致的；

（二）劳动者提前30日以书面形式通知用人单位的；

（三）劳动者在试用期内提前3日通知用人单位的；

（四）用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；

（五）用人单位未及时足额支付劳动报酬的；

（六）用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的；

（七）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；

（八）用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使劳动者在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；

（九）用人单位在劳动合同中免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；

（十）用人单位违反法律、行政法规强制性规定的；

（十一）用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的；

（十二）用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的；

（十三）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

第十九条 有下列情形之一的，依照劳动合同法规定的条件、程序，用人单位可以与劳动者解除固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同或者以完成一定工作任务为期限的劳动合同：

（一）用人单位与劳动者协商一致的；

（二）劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的；

（三）劳动者严重违反用人单位的规章制度的；

（四）劳动者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

（五）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位

的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；

（六）劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；

（七）劳动者被依法追究刑事责任的；

（八）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

（九）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

（十）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的；

（十一）用人单位依照企业破产法规定进行重整的；

（十二）用人单位生产经营发生严重困难的；

（十三）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；

（十四）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

第二十条 用人单位依照劳动合同法第四十条的规定，选择额外支付劳动者一个月工资解除劳动合同的，其额外支付的工资应当按照该劳动者上一个月的工资标准确定。

第二十一条 劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。

第二十二条 以完成一定工作任务为期限的劳动合同因任务完成而终止的，用人单位应当依照劳动合同法第四十七条的规定向劳动者支付经济补偿。

第二十三条 用人单位依法终止工伤职工的劳动合同的，除依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿外，还应当依照国家有关工伤保险的规定支付一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金。



第二十四条 用人单位出具的解除、终止劳动合同的证明，应当写明劳动合同期限、解除或者终止劳动合同的日期、工作岗位、在本单位的工作年限。

第二十五条 用人单位违反劳动合同法的规定解除或者终止劳动合同，依照劳动合同法第八十七条的规定支付了赔偿金的，不再支付经济补偿。赔偿金的计算年限自用工之日起计算。

第二十六条 用人单位与劳动者约定了服务期，劳动者依照劳动合同法第三十八条的规定解除劳动合同的，不属于违反服务期的约定，用人单位不得要求劳动者支付违约金。

有下列情形之一，用人单位与劳动者解除约定服务期的劳动合同的，劳动者应当按照劳动合同的约定向用人单位支付违约金：

（一）劳动者严重违反用人单位的规章制度的；

（二）劳动者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

（三）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；

（四）劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；

（五）劳动者被依法追究刑事责任的。

第二十七条 劳动合同法第四十七条规定的经济补偿的月工资按照劳动者应得工资计算，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入。劳动者在劳动合同解除或者终止前12个月的平均工资低于当地最低工资标准的，按照当地最低工资标准计算。劳动者工作不满12个月的，按照实际工作的月数计算平均工资。

第四章 劳务派遣特别规定

第二十八条 用人单位或者其所属单位出资或者合伙设立的劳务

派遣单位，向本单位或者所属单位派遣劳动者的，属于劳动合同法第六十七条规定的不得设立的劳务派遣单位。

第二十九条 用工单位应当履行劳动合同法第六十二条规定的义务，维护被派遣劳动者的合法权益。

第三十条 劳务派遣单位不得以非全日制用工形式招用被派遣劳动者。

第三十一条 劳务派遣单位或者被派遣劳动者依法解除、终止劳动合同的经济补偿，依照劳动合同法第四十六条、第四十七条的规定执行。

第三十二条 劳务派遣单位违法解除或者终止被派遣劳动者的劳动合同的，依照劳动合同法第四十八条的规定执行。

第五章 法律责任

第三十三条 用人单位违反劳动合同法有关建立职工名册规定的，由劳动行政部门责令限期改正；逾期不改正的，由劳动行政部门处2000元以上2万元以下的罚款。

第三十四条 用人单位依照劳动合同法的规定应当向劳动者每月支付两倍的工资或者应当向劳动者支付赔偿金而未支付的，劳动行政部门应当责令用人单位支付。

第三十五条 用工单位违反劳动合同法和本条例有关劳务派遣规定的，由劳动行政部门和其他有关主管部门责令改正；情节严重的，以每位被派遣劳动者1000元以上5000元以下的标准处以罚款；给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位和用工单位承担连带赔偿责任。

第六章 附则

第三十六条 对违反劳动合同法和本条例的行为的投诉、举报，县级以上地方人民政府劳动行政部门依照《劳动保障监察条例》的

规定处理。

第三十七条 劳动者与用人单位因订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同发生争议的，依照《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》的规定处理。

第三十八条 本条例自公布之日起施行。

劳动争议调解仲裁法

第一章　总则

第一条　为了公正及时解决劳动争议，保护当事人合法权益，促进劳动关系和谐稳定，制定本法。

第二条　中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：

（一）因确认劳动关系发生的争议；

（二）因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议；

（三）因除名、辞退和辞职、离职发生的争议；

（四）因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议；

（五）因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议；

（六）法律、法规规定的其他劳动争议。

第三条　解决劳动争议，应当根据事实，遵循合法、公正、及时、着重调解的原则，依法保护当事人的合法权益。

第四条　发生劳动争议，劳动者可以与用人单位协商，也可以请工会或者第三方共同与用人单位协商，达成和解协议。

第五条　发生劳动争议，当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的，可以向调解组织申请调解；不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；对仲裁裁决不服的，除本法另有规定的外，可以向人民法院提起

诉讼。

第六条 发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。

第七条 发生劳动争议的劳动者一方在十人以上，并有共同请求的，可以推举代表参加调解、仲裁或者诉讼活动。

第八条 县级以上人民政府劳动行政部门会同工会和企业方面代表建立协调劳动关系三方机制，共同研究解决劳动争议的重大问题。

第九条 用人单位违反国家规定，拖欠或者未足额支付劳动报酬，或者拖欠工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的，劳动者可以向劳动行政部门投诉，劳动行政部门应当依法处理。

第二章 调解

第十条 发生劳动争议，当事人可以到下列调解组织申请调解：

（一）企业劳动争议调解委员会；

（二）依法设立的基层人民调解组织；

（三）在乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织。

企业劳动争议调解委员会由职工代表和企业代表组成。职工代表由工会成员担任或者由全体职工推举产生，企业代表由企业负责人指定。企业劳动争议调解委员会主任由工会成员或者双方推举的人员担任。

第十一条 劳动争议调解组织的调解员应当由公道正派、联系群众、热心调解工作，并具有一定法律知识、政策水平和文化水平的成年公民担任。

第十二条 当事人申请劳动争议调解可以书面申请，也可以口头申请。口头申请的，调解组织应当当场记录申请人基本情况、申请调解的争议事项、理由和时间。

第十三条 调解劳动争议，应当充分听取双方当事人对事实和理由的陈述，耐心疏导，帮助其达成协议。

第十四条 经调解达成协议的，应当制作调解协议书。

调解协议书由双方当事人签名或者盖章，经调解员签名并加盖调解组织印章后生效，对双方当事人具有约束力，当事人应当履行。

自劳动争议调解组织收到调解申请之日起十五日内未达成调解协议的，当事人可以依法申请仲裁。

第十五条 达成调解协议后，一方当事人在协议约定期限内不履行调解协议的，另一方当事人可以依法申请仲裁。

第十六条 因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议，用人单位在协议约定期限内不履行的，劳动者可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令。人民法院应当依法发出支付令。

第三章 仲裁

第一节 一般规定

第十七条 劳动争议仲裁委员会按照统筹规划、合理布局和适应实际需要的原则设立。省、自治区人民政府可以决定在市、县设立；直辖市人民政府可以决定在区、县设立。直辖市、设区的市也可以设立一个或者若干个劳动争议仲裁委员会。劳动争议仲裁委员会不按行政区划层层设立。

第十八条 国务院劳动行政部门依照本法有关规定制定仲裁规则。省、自治区、直辖市人民政府劳动行政部门对本行政区域的劳动争议仲裁工作进行指导。

第十九条 劳动争议仲裁委员会由劳动行政部门代表、工会代表和企业方面代表组成。劳动争议仲裁委员会组成人员应当是单数。

劳动争议仲裁委员会依法履行下列职责：

（一）聘任、解聘专职或者兼职仲裁员；

（二）受理劳动争议案件；

（三）讨论重大或者疑难的劳动争议案件；

（四）对仲裁活动进行监督。

劳动争议仲裁委员会下设办事机构，负责办理劳动争议仲裁委员会的日常工作。

第二十条 劳动争议仲裁委员会应当设仲裁员名册。

仲裁员应当公道正派并符合下列条件之一：

（一）曾任审判员的；

（二）从事法律研究、教学工作并具有中级以上职称的；

（三）具有法律知识、从事人力资源管理或者工会等专业工作满五年的；

（四）律师执业满三年的。

第二十一条 劳动争议仲裁委员会负责管辖本区域内发生的劳动争议。

劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖。

第二十二条 发生劳动争议的劳动者和用人单位为劳动争议仲裁案件的双方当事人。

劳务派遣单位或者用工单位与劳动者发生劳动争议的，劳务派遣单位和用工单位为共同当事人。

第二十三条 与劳动争议案件的处理结果有利害关系的第三人，可以申请参加仲裁活动或者由劳动争议仲裁委员会通知其参加仲裁活动。

第二十四条 当事人可以委托代理人参加仲裁活动。委托他人参

加仲裁活动，应当向劳动争议仲裁委员会提交有委托人签名或者盖章的委托书，委托书应当载明委托事项和权限。

第二十五条 丧失或者部分丧失民事行为能力的劳动者，由其法定代理人代为参加仲裁活动；无法定代理人的，由劳动争议仲裁委员会为其指定代理人。劳动者死亡的，由其近亲属或者代理人参加仲裁活动。

第二十六条 劳动争议仲裁公开进行，但当事人协议不公开进行或者涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的除外。

第二节 申请和受理

第二十七条 劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。

前款规定的仲裁时效，因当事人一方向对方当事人主张权利，或者向有关部门请求权利救济，或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起，仲裁时效期间重新计算。

因不可抗力或者有其他正当理由，当事人不能在本条第一款规定的仲裁时效期间申请仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算。

劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。

第二十八条 申请人申请仲裁应当提交书面仲裁申请，并按照被申请人人数提交副本。

仲裁申请书应当载明下列事项：

（一）劳动者的姓名、性别、年龄、职业、工作单位和住所，用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；

（二）仲裁请求和所根据的事实、理由；

（三）证据和证据来源、证人姓名和住所。

书写仲裁申请确有困难的，可以口头申请，由劳动争议仲裁委员会记入笔录，并告知对方当事人。

第二十九条 劳动争议仲裁委员会收到仲裁申请之日起五日内，认为符合受理条件的，应当受理，并通知申请人；认为不符合受理条件的，应当书面通知申请人不予受理，并说明理由。对劳动争议仲裁委员会不予受理或者逾期未作出决定的，申请人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

第三十条 劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请后，应当在五日内将仲裁申请书副本送达被申请人。

被申请人收到仲裁申请书副本后，应当在十日内向劳动争议仲裁委员会提交答辩书。劳动争议仲裁委员会收到答辩书后，应当在五日内将答辩书副本送达申请人。被申请人未提交答辩书的，不影响仲裁程序的进行。

第三节 开庭和裁决

第三十一条 劳动争议仲裁委员会裁决劳动争议案件实行仲裁庭制。仲裁庭由三名仲裁员组成，设首席仲裁员。简单劳动争议案件可以由一名仲裁员独任仲裁。

第三十二条 劳动争议仲裁委员会应当在受理仲裁申请之日起五日内将仲裁庭的组成情况书面通知当事人。

第三十三条 仲裁员有下列情形之一，应当回避，当事人也有权以口头或者书面方式提出回避申请：

（一）是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属的；

（二）与本案有利害关系的；

（三）与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正裁决的；

（四）私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的。

劳动争议仲裁委员会对回避申请应当及时作出决定，并以口头或者书面方式通知当事人。

第三十四条 仲裁员有本法第三十三条、第四项规定情形，或者有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的，应当依法承担法律责任。劳动争议仲裁委员会应当将其解聘。

第三十五条 仲裁庭应当在开庭五日前，将开庭日期、地点书面通知双方当事人。当事人有正当理由的，可以在开庭三日前请求延期开庭。是否延期，由劳动争议仲裁委员会决定。

第三十六条 申请人收到书面通知，无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭的，可以视为撤回仲裁申请。

被申请人收到书面通知，无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭的，可以缺席裁决。

第三十七条 仲裁庭对专门性问题认为需要鉴定的，可以交由当事人约定的鉴定机构鉴定；当事人没有约定或者无法达成约定的，由仲裁庭指定的鉴定机构鉴定。

根据当事人的请求或者仲裁庭的要求，鉴定机构应当派鉴定人参加开庭。当事人经仲裁庭许可，可以向鉴定人提问。

第三十八条 当事人在仲裁过程中有权进行质证和辩论。质证和辩论终结时，首席仲裁员或者独任仲裁员应当征询当事人的最后意见。

第三十九条 当事人提供的证据经查证属实的，仲裁庭应当将其作为认定事实的根据。

劳动者无法提供由用人单位掌握管理的与仲裁请求有关的证据，仲裁庭可以要求用人单位在指定期限内提供。用人单位在指定期限内不提供的，应当承担不利后果。

第四十条 仲裁庭应当将开庭情况记入笔录。当事人和其他仲裁参加人认为对自己陈述的记录有遗漏或者差错的，有权申请补正。如

果不予补正，应当记录该申请。

笔录由仲裁员、记录人员、当事人和其他仲裁参加人签名或者盖章。

第四十一条 当事人申请劳动争议仲裁后，可以自行和解。达成和解协议的，可以撤回仲裁申请。

第四十二条 仲裁庭在作出裁决前，应当先行调解。

调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书。

调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果。调解书由仲裁员签名，加盖劳动争议仲裁委员会印章，送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后，发生法律效力。

调解不成或者调解书送达前，一方当事人反悔的，仲裁庭应当及时作出裁决。

第四十三条 仲裁庭裁决劳动争议案件，应当自劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请之日起四十五日内结束。案情复杂需要延期的，经劳动争议仲裁委员会主任批准，可以延期并书面通知当事人，但是延长期限不得超过十五日。逾期未作出仲裁裁决的，当事人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

仲裁庭裁决劳动争议案件时，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行裁决。

第四十四条 仲裁庭对追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的案件，根据当事人的申请，可以裁决先予执行，移送人民法院执行。

仲裁庭裁决先予执行的，应当符合下列条件：

（一）当事人之间权利义务关系明确；

（二）不先予执行将严重影响申请人的生活。

劳动者申请先予执行的，可以不提供担保。

第四十五条 裁决应当按照多数仲裁员的意见作出，少数仲裁员

的不同意见应当记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时，裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。

第四十六条 裁决书应当载明仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果和裁决日期。裁决书由仲裁员签名，加盖劳动争议仲裁委员会印章。对裁决持不同意见的仲裁员，可以签名，也可以不签名。

第四十七条 下列劳动争议，除本法另有规定的外，仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力：

（一）追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准十二个月金额的争议；

（二）因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议。

第四十八条 劳动者对本法第四十七条规定的仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

第四十九条 用人单位有证据证明本法第四十七条规定的仲裁裁决有下列情形之一，可以自收到仲裁裁决书之日起三十日内向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：

（一）适用法律、法规确有错误的；

（二）劳动争议仲裁委员会无管辖权的；

（三）违反法定程序的；

（四）裁决所根据的证据是伪造的；

（五）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；

（六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的。

人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。

仲裁裁决被人民法院裁定撤销的，当事人可以自收到裁定书之日起十五日内就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

第五十条 当事人对本法第四十七条规定以外的其他劳动争议案件的仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼；期满不起诉的，裁决书发生法律效力。

第五十一条 当事人对发生法律效力的调解书、裁决书，应当依照规定的期限履行。一方当事人逾期不履行的，另一方当事人可以依照民事诉讼法的有关规定向人民法院申请执行。受理申请的人民法院应当依法执行。

第四章 附 则

第五十二条 事业单位实行聘用制的工作人员与本单位发生劳动争议的，依照本法执行；法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定。

第五十三条 劳动争议仲裁不收费。劳动争议仲裁委员会的经费由财政予以保障。

第五十四条 本法自2008年5月1日起施行。

中华人民共和国社会保险法

第一章　总则

第一条　为了规范社会保险关系，维护公民参加社会保险和享受社会保险待遇的合法权益，使公民共享发展成果，促进社会和谐稳定，根据宪法，制定本法。

第二条　国家建立基本养老保险、基本医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险等社会保险制度，保障公民在年老、疾病、工伤、失业、生育等情况下依法从国家和社会获得物质帮助的权利。

第三条　社会保险制度坚持广覆盖、保基本、多层次、可持续的方针，社会保险水平应当与经济社会发展水平相适应。

第四条　中华人民共和国境内的用人单位和个人依法缴纳社会保险费，有权查询缴费记录、个人权益记录，要求社会保险经办机构提供社会保险咨询等相关服务。

个人依法享受社会保险待遇，有权监督本单位为其缴费情况。

第五条　县级以上人民政府将社会保险事业纳入国民经济和社会发展规划。

国家多渠道筹集社会保险资金。县级以上人民政府对社会保险事业给予必要的经费支持。

国家通过税收优惠政策支持社会保险事业。

第六条　国家对社会保险基金实行严格监管。

国务院和省、自治区、直辖市人民政府建立健全社会保险基金监督管理制度，保障社会保险基金安全、有效运行。

县级以上人民政府采取措施，鼓励和支持社会各方面参与社会保险基金的监督。

第七条 国务院社会保险行政部门负责全国的社会保险管理工作，国务院其他有关部门在各自的职责范围内负责有关的社会保险工作。

县级以上地方人民政府社会保险行政部门负责本行政区域的社会保险管理工作，县级以上地方人民政府其他有关部门在各自的职责范围内负责有关的社会保险工作。

第八条 社会保险经办机构提供社会保险服务，负责社会保险登记、个人权益记录、社会保险待遇支付等工作。

第九条 工会依法维护职工的合法权益，有权参与社会保险重大事项的研究，参加社会保险监督委员会，对与职工社会保险权益有关的事项进行监督。

第二章 基本养老保险

第十条 职工应当参加基本养老保险，由用人单位和职工共同缴纳基本养老保险费。

无雇工的个体工商户、未在用人单位参加基本养老保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员可以参加基本养老保险，由个人缴纳基本养老保险费。

公务员和参照公务员法管理的工作人员养老保险的办法由国务院规定。

第十一条 基本养老保险实行社会统筹与个人账户相结合。

基本养老保险基金由用人单位和个人缴费以及政府补贴等组成。

第十二条 用人单位应当按照国家规定的本单位职工工资总额的比例缴纳基本养老保险费，记入基本养老保险统筹基金。

职工应当按照国家规定的本人工资的比例缴纳基本养老保险费，

记入个人账户。

无雇工的个体工商户、未在用人单位参加基本养老保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员参加基本养老保险的，应当按照国家规定缴纳基本养老保险费，分别记入基本养老保险统筹基金和个人账户。

第十三条 国有企业、事业单位职工参加基本养老保险前，视同缴费年限期间应当缴纳的基本养老保险费由政府承担。

基本养老保险基金出现支付不足时，政府给予补贴。

第十四条 个人账户不得提前支取，记账利率不得低于银行定期存款利率，免征利息税。个人死亡的，个人账户余额可以继承。

第十五条 基本养老金由统筹养老金和个人账户养老金组成。

基本养老金根据个人累计缴费年限、缴费工资、当地职工平均工资、个人账户金额、城镇人口平均预期寿命等因素确定。

第十六条 参加基本养老保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费满十五年的，按月领取基本养老金。

参加基本养老保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费不足十五年的，可以缴费至满十五年，按月领取基本养老金；也可以转入新型农村社会养老保险或者城镇居民社会养老保险，按照国务院规定享受相应的养老保险待遇。

第十七条 参加基本养老保险的个人，因病或者非因工死亡的，其遗属可以领取丧葬补助金和抚恤金；在未达到法定退休年龄时因病或者非因工致残完全丧失劳动能力的，可以领取病残津贴。所需资金从基本养老保险基金中支付。

第十八条 国家建立基本养老金正常调整机制。根据职工平均工资增长、物价上涨情况，适时提高基本养老保险待遇水平。

第十九条 个人跨统筹地区就业的，其基本养老保险关系随本人转移，缴费年限累计计算。个人达到法定退休年龄时，基本养老金分

段计算、统一支付。具体办法由国务院规定。

第二十条 国家建立和完善新型农村社会养老保险制度。

新型农村社会养老保险实行个人缴费、集体补助和政府补贴相结合。

第二十一条 新型农村社会养老保险待遇由基础养老金和个人账户养老金组成。

参加新型农村社会养老保险的农村居民，符合国家规定条件的，按月领取新型农村社会养老保险待遇。

第二十二条 国家建立和完善城镇居民社会养老保险制度。

省、自治区、直辖市人民政府根据实际情况，可以将城镇居民社会养老保险和新型农村社会养老保险合并实施。

第三章 基本医疗保险

第二十三条 职工应当参加职工基本医疗保险，由用人单位和职工按照国家规定共同缴纳基本医疗保险费。

无雇工的个体工商户、未在用人单位参加职工基本医疗保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员可以参加职工基本医疗保险，由个人按照国家规定缴纳基本医疗保险费。

第二十四条 国家建立和完善新型农村合作医疗制度。

新型农村合作医疗的管理办法，由国务院规定。

第二十五条 国家建立和完善城镇居民基本医疗保险制度。

城镇居民基本医疗保险实行个人缴费和政府补贴相结合。

享受最低生活保障的人、丧失劳动能力的残疾人、低收入家庭六十周岁以上的老年人和未成年人等所需个人缴费部分，由政府给予补贴。

第二十六条 职工基本医疗保险、新型农村合作医疗和城镇居民基本医疗保险的待遇标准按照国家规定执行。

第二十七条 参加职工基本医疗保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费达到国家规定年限的，退休后不再缴纳基本医疗保险费，按照国家规定享受基本医疗保险待遇；未达到国家规定年限的，可以缴费至国家规定年限。

第二十八条 符合基本医疗保险药品目录、诊疗项目、医疗服务设施标准以及急诊、抢救的医疗费用，按照国家规定从基本医疗保险基金中支付。

第二十九条 参保人员医疗费用中应当由基本医疗保险基金支付的部分，由社会保险经办机构与医疗机构、药品经营单位直接结算。

社会保险行政部门和卫生行政部门应当建立异地就医医疗费用结算制度，方便参保人员享受基本医疗保险待遇。

第三十条 下列医疗费用不纳入基本医疗保险基金支付范围：

（一）应当从工伤保险基金中支付的；

（二）应当由第三人负担的；

（三）应当由公共卫生负担的；

（四）在境外就医的。

医疗费用依法应当由第三人负担，第三人不支付或者无法确定第三人的，由基本医疗保险基金先行支付。基本医疗保险基金先行支付后，有权向第三人追偿。

第三十一条 社会保险经办机构根据管理服务的需要，可以与医疗机构、药品经营单位签订服务协议，规范医疗服务行为。

医疗机构应当为参保人员提供合理、必要的医疗服务。

第三十二条 个人跨统筹地区就业的，其基本医疗保险关系随本人转移，缴费年限累计计算。

第四章　工伤保险

第三十三条 职工应当参加工伤保险，由用人单位缴纳工伤保险

费，职工不缴纳工伤保险费。

第三十四条 国家根据不同行业的工伤风险程度确定行业的差别费率，并根据使用工伤保险基金、工伤发生率等情况在每个行业内确定费率档次。行业差别费率和行业内费率档次由国务院社会保险行政部门制定，报国务院批准后公布施行。

社会保险经办机构根据用人单位使用工伤保险基金、工伤发生率和所属行业费率档次等情况，确定用人单位缴费费率。

第三十五条 用人单位应当按照本单位职工工资总额，根据社会保险经办机构确定的费率缴纳工伤保险费。

第三十六条 职工因工作原因受到事故伤害或者患职业病，且经工伤认定的，享受工伤保险待遇；其中，经劳动能力鉴定丧失劳动能力的，享受伤残待遇。

工伤认定和劳动能力鉴定应当简捷、方便。

第三十七条 职工因下列情形之一导致本人在工作中伤亡的，不认定为工伤：

（一）故意犯罪；

（二）醉酒或者吸毒；

（三）自残或者自杀；

（四）法律、行政法规规定的其他情形。

第三十八条 因工伤发生的下列费用，按照国家规定从工伤保险基金中支付：

（一）治疗工伤的医疗费用和康复费用；

（二）住院伙食补助费；

（三）到统筹地区以外就医的交通食宿费；

（四）安装配置伤残辅助器具所需费用；

（五）生活不能自理的，经劳动能力鉴定委员会确认的生活护理费；

（六）一次性伤残补助金和一至四级伤残职工按月领取的伤残津贴；

（七）终止或者解除劳动合同时，应当享受的一次性医疗补助金；

（八）因工死亡的，其遗属领取的丧葬补助金、供养亲属抚恤金和因工死亡补助金；

（九）劳动能力鉴定费。

第三十九条 因工伤发生的下列费用，按照国家规定由用人单位支付：

（一）治疗工伤期间的工资福利；

（二）五级、六级伤残职工按月领取的伤残津贴；

（三）终止或者解除劳动合同时，应当享受的一次性伤残就业补助金。

第四十条 工伤职工符合领取基本养老金条件的，停发伤残津贴，享受基本养老保险待遇。基本养老保险待遇低于伤残津贴的，从工伤保险基金中补足差额。

第四十一条 职工所在用人单位未依法缴纳工伤保险费，发生工伤事故的，由用人单位支付工伤保险待遇。用人单位不支付的，从工伤保险基金中先行支付。

从工伤保险基金中先行支付的工伤保险待遇应当由用人单位偿还。用人单位不偿还的，社会保险经办机构可以依照本法第六十三条的规定追偿。

第四十二条 由于第三人的原因造成工伤，第三人不支付工伤医疗费用或者无法确定第三人的，由工伤保险基金先行支付。工伤保险基金先行支付后，有权向第三人追偿。

第四十三条 工伤职工有下列情形之一的，停止享受工伤保险待遇：

（一）丧失享受待遇条件的；

（二）拒不接受劳动能力鉴定的；

（三）拒绝治疗的。

第五章　失业保险

第四十四条　职工应当参加失业保险，由用人单位和职工按照国家规定共同缴纳失业保险费。

第四十五条　失业人员符合下列条件的，从失业保险基金中领取失业保险金：

（一）失业前用人单位和本人已经缴纳失业保险费满一年的；

（二）非因本人意愿中断就业的；

（三）已经进行失业登记，并有求职要求的。

第四十六条　失业人员失业前用人单位和本人累计缴费满一年不足五年的，领取失业保险金的期限最长为十二个月；累计缴费满五年不足十年的，领取失业保险金的期限最长为十八个月；累计缴费十年以上的，领取失业保险金的期限最长为二十四个月。重新就业后，再次失业的，缴费时间重新计算，领取失业保险金的期限与前次失业应当领取而尚未领取的失业保险金的期限合并计算，最长不超过二十四个月。

第四十七条　失业保险金的标准，由省、自治区、直辖市人民政府确定，不得低于城市居民最低生活保障标准。

第四十八条　失业人员在领取失业保险金期间，参加职工基本医疗保险，享受基本医疗保险待遇。

失业人员应当缴纳的基本医疗保险费从失业保险基金中支付，个人不缴纳基本医疗保险费。

第四十九条　失业人员在领取失业保险金期间死亡的，参照当地对在职职工死亡的规定，向其遗属发给一次性丧葬补助金和抚恤金。

所需资金从失业保险基金中支付。

个人死亡同时符合领取基本养老保险丧葬补助金、工伤保险丧葬补助金和失业保险丧葬补助金条件的，其遗属只能选择领取其中的一项。

第五十条 用人单位应当及时为失业人员出具终止或者解除劳动关系的证明，并将失业人员的名单自终止或者解除劳动关系之日起十五日内告知社会保险经办机构。

失业人员应当持本单位为其出具的终止或者解除劳动关系的证明，及时到指定的公共就业服务机构办理失业登记。

失业人员凭失业登记证明和个人身份证明，到社会保险经办机构办理领取失业保险金的手续。失业保险金领取期限自办理失业登记之日起计算。

第五十一条 失业人员在领取失业保险金期间有下列情形之一的，停止领取失业保险金，并同时停止享受其他失业保险待遇：

（一）重新就业的；

（二）应征服兵役的；

（三）移居境外的；

（四）享受基本养老保险待遇的；

（五）无正当理由，拒不接受当地人民政府指定部门或者机构介绍的适当工作或者提供的培训的。

第五十二条 职工跨统筹地区就业的，其失业保险关系随本人转移，缴费年限累计计算。

第六章 生育保险

第五十三条 职工应当参加生育保险，由用人单位按照国家规定缴纳生育保险费，职工不缴纳生育保险费。

第五十四条 用人单位已经缴纳生育保险费的，其职工享受生育



保险待遇；职工未就业配偶按照国家规定享受生育医疗费用待遇。所需资金从生育保险基金中支付。

生育保险待遇包括生育医疗费用和生育津贴。

第五十五条 生育医疗费用包括下列各项：

（一）生育的医疗费用；

（二）计划生育的医疗费用；

（三）法律、法规规定的其他项目费用。

第五十六条 职工有下列情形之一的，可以按照国家规定享受生育津贴：

（一）女职工生育享受产假；

（二）享受计划生育手术休假；

（三）法律、法规规定的其他情形。

生育津贴按照职工所在用人单位上年度职工月平均工资计发。

第七章 社会保险费征缴

第五十七条 用人单位应当自成立之日起三十日内凭营业执照、登记证书或者单位印章，向当地社会保险经办机构申请办理社会保险登记。社会保险经办机构应当自收到申请之日起十五日内予以审核，发给社会保险登记证件。

用人单位的社会保险登记事项发生变更或者用人单位依法终止的，应当自变更或者终止之日起三十日内，到社会保险经办机构办理变更或者注销社会保险登记。

工商行政管理部门、民政部门和机构编制管理机关应当及时向社会保险经办机构通报用人单位的成立、终止情况，公安机关应当及时向社会保险经办机构通报个人的出生、死亡以及户口登记、迁移、注销等情况。

第五十八条 用人单位应当自用工之日起三十日内为其职工向社

会保险经办机构申请办理社会保险登记。未办理社会保险登记的，由社会保险经办机构核定其应当缴纳的社会保险费。

自愿参加社会保险的无雇工的个体工商户、未在用人单位参加社会保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员，应当向社会保险经办机构申请办理社会保险登记。

国家建立全国统一的个人社会保障号码。个人社会保障号码为公民身份号码。

第五十九条 县级以上人民政府加强社会保险费的征收工作。

社会保险费实行统一征收，实施步骤和具体办法由国务院规定。

第六十条 用人单位应当自行申报、按时足额缴纳社会保险费，非因不可抗力等法定事由不得缓缴、减免。职工应当缴纳的社会保险费由用人单位代扣代缴，用人单位应当按月将缴纳社会保险费的明细情况告知本人。

无雇工的个体工商户、未在用人单位参加社会保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员，可以直接向社会保险费征收机构缴纳社会保险费。

第六十一条 社会保险费征收机构应当依法按时足额征收社会保险费，并将缴费情况定期告知用人单位和个人。

第六十二条 用人单位未按规定申报应当缴纳的社会保险费数额的，按照该单位上月缴费额的百分之一百一十确定应当缴纳数额；缴费单位补办申报手续后，由社会保险费征收机构按照规定结算。

第六十三条 用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险费征收机构责令其限期缴纳或者补足。

用人单位逾期仍未缴纳或者补足社会保险费的，社会保险费征收机构可以向银行和其他金融机构查询其存款账户；并可以申请县级以上有关行政部门作出划拨社会保险费的决定，书面通知其开户银行或者其他金融机构划拨社会保险费。用人单位账户余额少于应当缴纳的

社会保险费的，社会保险费征收机构可以要求该用人单位提供担保，签订延期缴费协议。

用人单位未足额缴纳社会保险费且未提供担保的，社会保险费征收机构可以申请人民法院扣押、查封、拍卖其价值相当于应当缴纳社会保险费的财产，以拍卖所得抵缴社会保险费。

第八章　社会保险基金

第六十四条　社会保险基金包括基本养老保险基金、基本医疗保险基金、工伤保险基金、失业保险基金和生育保险基金。各项社会保险基金按照社会保险险种分别建账，分账核算，执行国家统一的会计制度。

社会保险基金专款专用，任何组织和个人不得侵占或者挪用。

基本养老保险基金逐步实行全国统筹，其他社会保险基金逐步实行省级统筹，具体时间、步骤由国务院规定。

第六十五条　社会保险基金通过预算实现收支平衡。

县级以上人民政府在社会保险基金出现支付不足时，给予补贴。

第六十六条　社会保险基金按照统筹层次设立预算。社会保险基金预算按照社会保险项目分别编制。

第六十七条　社会保险基金预算、决算草案的编制、审核和批准，依照法律和国务院规定执行。

第六十八条　社会保险基金存入财政专户，具体管理办法由国务院规定。

第六十九条　社会保险基金在保证安全的前提下，按照国务院规定投资运营实现保值增值。

社会保险基金不得违规投资运营，不得用于平衡其他政府预算，不得用于兴建、改建办公场所和支付人员经费、运行费用、管理费用，或者违反法律、行政法规规定挪作其他用途。

第七十条 社会保险经办机构应当定期向社会公布参加社会保险情况以及社会保险基金的收入、支出、结余和收益情况。

第七十一条 国家设立全国社会保障基金，由中央财政预算拨款以及国务院批准的其他方式筹集的资金构成，用于社会保障支出的补充、调剂。全国社会保障基金由全国社会保障基金管理运营机构负责管理运营，在保证安全的前提下实现保值增值。

全国社会保障基金应当定期向社会公布收支、管理和投资运营的情况。国务院财政部门、社会保险行政部门、审计机关对全国社会保障基金的收支、管理和投资运营情况实施监督。

第九章 社会保险经办

第七十二条 统筹地区设立社会保险经办机构。社会保险经办机构根据工作需要，经所在地的社会保险行政部门和机构编制管理机关批准，可以在本统筹地区设立分支机构和服务网点。

社会保险经办机构的人员经费和经办社会保险发生的基本运行费用、管理费用，由同级财政按照国家规定予以保障。

第七十三条 社会保险经办机构应当建立健全业务、财务、安全和风险管理制度。

社会保险经办机构应当按时足额支付社会保险待遇。

第七十四条 社会保险经办机构通过业务经办、统计、调查获取社会保险工作所需的数据，有关单位和个人应当及时、如实提供。

社会保险经办机构应当及时为用人单位建立档案，完整、准确地记录参加社会保险的人员、缴费等社会保险数据，妥善保管登记、申报的原始凭证和支付结算的会计凭证。

社会保险经办机构应当及时、完整、准确地记录参加社会保险的个人缴费和用人单位为其缴费，以及享受社会保险待遇等个人权益记录，定期将个人权益记录单免费寄送本人。

用人单位和个人可以免费向社会保险经办机构查询、核对其缴费和享受社会保险待遇记录，要求社会保险经办机构提供社会保险咨询等相关服务。

第七十五条 全国社会保险信息系统按照国家统一规划，由县级以上人民政府按照分级负责的原则共同建设。

第十章 社会保险监督

第七十六条 各级人民代表大会常务委员会听取和审议本级人民政府对社会保险基金的收支、管理、投资运营以及监督检查情况的专项工作报告，组织对本法实施情况的执法检查等，依法行使监督职权。

第七十七条 县级以上人民政府社会保险行政部门应当加强对用人单位和个人遵守社会保险法律、法规情况的监督检查。

社会保险行政部门实施监督检查时，被检查的用人单位和个人应当如实提供与社会保险有关的资料，不得拒绝检查或者谎报、瞒报。

第七十八条 财政部门、审计机关按照各自职责，对社会保险基金的收支、管理和投资运营情况实施监督。

第七十九条 社会保险行政部门对社会保险基金的收支、管理和投资运营情况进行监督检查，发现存在问题的，应当提出整改建议，依法作出处理决定或者向有关行政部门提出处理建议。社会保险基金检查结果应当定期向社会公布。

社会保险行政部门对社会保险基金实施监督检查，有权采取下列措施：

（一）查阅、记录、复制与社会保险基金收支、管理和投资运营相关的资料，对可能被转移、隐匿或者灭失的资料予以封存；

（二）询问与调查事项有关的单位和个人，要求其对与调查事项有关的问题作出说明、提供有关证明材料；

附录

（三）对隐匿、转移、侵占、挪用社会保险基金的行为予以制止并责令改正。

第八十条 统筹地区人民政府成立由用人单位代表、参保人员代表，以及工会代表、专家等组成的社会保险监督委员会，掌握、分析社会保险基金的收支、管理和投资运营情况，对社会保险工作提出咨询意见和建议，实施社会监督。

社会保险经办机构应当定期向社会保险监督委员会汇报社会保险基金的收支、管理和投资运营情况。社会保险监督委员会可以聘请会计师事务所对社会保险基金的收支、管理和投资运营情况进行年度审计和专项审计。审计结果应当向社会公开。

社会保险监督委员会发现社会保险基金收支、管理和投资运营中存在问题的，有权提出改正建议；对社会保险经办机构及其工作人员的违法行为，有权向有关部门提出依法处理建议。

第八十一条 社会保险行政部门和其他有关行政部门、社会保险经办机构、社会保险费征收机构及其工作人员，应当依法为用人单位和个人的信息保密，不得以任何形式泄露。

第八十二条 任何组织或者个人有权对违反社会保险法律、法规的行为进行举报、投诉。

社会保险行政部门、卫生行政部门、社会保险经办机构、社会保险费征收机构和财政部门、审计机关对属于本部门、本机构职责范围的举报、投诉，应当依法处理；对不属于本部门、本机构职责范围的，应当书面通知并移交有权处理的部门、机构处理。有权处理的部门、机构应当及时处理，不得推诿。

第八十三条 用人单位或者个人认为社会保险费征收机构的行为侵害自己合法权益的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

用人单位或者个人对社会保险经办机构不依法办理社会保险登记、核定社会保险费、支付社会保险待遇、办理社会保险转移接续手

续或者侵害其他社会保险权益的行为，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

个人与所在用人单位发生社会保险争议的，可以依法申请调解、仲裁，提起诉讼。用人单位侵害个人社会保险权益的，个人也可以要求社会保险行政部门或者社会保险费征收机构依法处理。

第十一章　法律责任

第八十四条　用人单位不办理社会保险登记的，由社会保险行政部门责令限期改正；逾期不改正的，对用人单位处应缴社会保险费数额一倍以上三倍以下的罚款，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五百元以上三千元以下的罚款。

第八十五条　用人单位拒不出具终止或者解除劳动关系证明的，依照《中华人民共和国劳动合同法》的规定处理。

第八十六条　用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险费征收机构责令限期缴纳或者补足，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，由有关行政部门处欠缴数额一倍以上三倍以下的罚款。

第八十七条　社会保险经办机构以及医疗机构、药品经营单位等社会保险服务机构以欺诈、伪造证明材料或者其他手段骗取社会保险基金支出的，由社会保险行政部门责令退回骗取的社会保险金，处骗取金额二倍以上五倍以下的罚款；属于社会保险服务机构的，解除服务协议；直接负责的主管人员和其他直接责任人员有执业资格的，依法吊销其执业资格。

第八十八条　以欺诈、伪造证明材料或者其他手段骗取社会保险待遇的，由社会保险行政部门责令退回骗取的社会保险金，处骗取金额二倍以上五倍以下的罚款。

第八十九条　社会保险经办机构及其工作人员有下列行为之一

的，由社会保险行政部门责令改正；给社会保险基金、用人单位或者个人造成损失的，依法承担赔偿责任；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分：

（一）未履行社会保险法定职责的；

（二）未将社会保险基金存入财政专户的；

（三）克扣或者拒不按时支付社会保险待遇的；

（四）丢失或者篡改缴费记录、享受社会保险待遇记录等社会保险数据、个人权益记录的；

（五）有违反社会保险法律、法规的其他行为的。

第九十条 社会保险费征收机构擅自更改社会保险费缴费基数、费率，导致少收或者多收社会保险费的，由有关行政部门责令其追缴应当缴纳的社会保险费或者退还不应当缴纳的社会保险费；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

第九十一条 违反本法规定，隐匿、转移、侵占、挪用社会保险基金或者违规投资运营的，由社会保险行政部门、财政部门、审计机关责令追回；有违法所得的，没收违法所得；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

第九十二条 社会保险行政部门和其他有关行政部门、社会保险经办机构、社会保险费征收机构及其工作人员泄露用人单位和个人信息的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；给用人单位或者个人造成损失的，应当承担赔偿责任。

第九十三条 国家工作人员在社会保险管理、监督工作中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的，依法给予处分。

第九十四条 违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第十二章 附则

第九十五条 进城务工的农村居民依照本法规定参加社会保险。

第九十六条 征收农村集体所有的土地，应当足额安排被征地农民的社会保险费，按照国务院规定将被征地农民纳入相应的社会保险制度。

第九十七条 外国人在中国境内就业的，参照本法规定参加社会保险。

第九十八条 本法自 2011 年 7 月 1 日起施行。

工伤保险条例

第一章 总则

第一条 为了保障因工作遭受事故伤害或者患职业病的职工获得医疗救治和经济补偿，促进工伤预防和职业康复，分散用人单位的工伤风险，制定本条例。

第二条 中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户（以下称用人单位）应当依照本条例规定参加工伤保险，为本单位全部职工或者雇工（以下称职工）缴纳工伤保险费。

中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织的职工和个体工商户的雇工，均有依照本条例的规定享受工伤保险待遇的权利。

第三条 工伤保险费的征缴按照《社会保险费征缴暂行条例》关于基本养老保险费、基本医疗保险费、失业保险费的征缴规定执行。

第四条 用人单位应当将参加工伤保险的有关情况在本单位内公示。

用人单位和职工应当遵守有关安全生产和职业病防治的法律法规，执行安全卫生规程和标准，预防工伤事故发生，避免和减少职业病危害。

职工发生工伤时，用人单位应当采取措施使工伤职工得到及时救治。

第五条 国务院社会保险行政部门负责全国的工伤保险工作。

县级以上地方各级人民政府社会保险行政部门负责本行政区域内的工伤保险工作。

社会保险行政部门按照国务院有关规定设立的社会保险经办机构（以下称经办机构）具体承办工伤保险事务。

第六条 社会保险行政部门等部门制定工伤保险的政策、标准，应当征求工会组织、用人单位代表的意见。

第二章 工伤保险基金

第七条 工伤保险基金由用人单位缴纳的工伤保险费、工伤保险基金的利息和依法纳入工伤保险基金的其他资金构成。

第八条 工伤保险费根据以支定收、收支平衡的原则，确定费率。

国家根据不同行业的工伤风险程度确定行业的差别费率，并根据工伤保险费使用、工伤发生率等情况在每个行业内确定若干费率档次。行业差别费率及行业内费率档次由国务院社会保险行政部门制定，报国务院批准后公布施行。

统筹地区经办机构根据用人单位工伤保险费使用、工伤发生率等情况，适用所属行业内相应的费率档次确定单位缴费费率。

第九条 国务院社会保险行政部门应当定期了解全国各统筹地区工伤保险基金收支情况，及时提出调整行业差别费率及行业内费率档次的方案，报国务院批准后公布施行。

第十条 用人单位应当按时缴纳工伤保险费。职工个人不缴纳工伤保险费。

用人单位缴纳工伤保险费的数额为本单位职工工资总额乘以单位缴费费率之积。

对难以按照工资总额缴纳工伤保险费的行业，其缴纳工伤保险费

的具体方式，由国务院社会保险行政部门规定。

第十一条 工伤保险基金逐步实行省级统筹。

跨地区、生产流动性较大的行业，可以采取相对集中的方式异地参加统筹地区的工伤保险。具体办法由国务院社会保险行政部门会同有关行业的主管部门制定。

第十二条 工伤保险基金存入社会保障基金财政专户，用于本条例规定的工伤保险待遇，劳动能力鉴定，工伤预防的宣传、培训等费用，以及法律、法规规定的用于工伤保险的其他费用的支付。

工伤预防费用的提取比例、使用和管理的具体办法，由国务院社会保险行政部门会同国务院财政、卫生行政、安全生产监督管理等部门规定。

任何单位或者个人不得将工伤保险基金用于投资运营、兴建或者改建办公场所、发放奖金，或者挪作其他用途。

第十三条 工伤保险基金应当留有一定比例的储备金，用于统筹地区重大事故的工伤保险待遇支付；储备金不足支付的，由统筹地区的人民政府垫付。储备金占基金总额的具体比例和储备金的使用办法，由省、自治区、直辖市人民政府规定。

第三章 工伤认定

第十四条 职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：

（一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；

（二）工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；

（三）在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；

（四）患职业病的；

（五）因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落

不明的；

（六）在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；

（七）法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。

第十五条 职工有下列情形之一的，视同工伤：

（一）在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的；

（二）在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；

（三）职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。

职工有前款第（一）项、第（二）项情形的，按照本条例的有关规定享受工伤保险待遇；职工有前款第（三）项情形的，按照本条例的有关规定享受除一次性伤残补助金以外的工伤保险待遇。

第十六条 职工符合本条例第十四条、第十五条的规定，但是有下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：

（一）故意犯罪的；

（二）醉酒或者吸毒的；

（三）自残或者自杀的。

第十七条 职工发生事故伤害或者按照职业病防治法规定被诊断、鉴定为职业病，所在单位应当自事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起30日内，向统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。遇有特殊情况，经报社会保险行政部门同意，申请时限可以适当延长。

用人单位未按前款规定提出工伤认定申请的，工伤职工或者其近亲属、工会组织在事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起1年内，可以直接向用人单位所在地统筹地区社会保险行政部门提

出工伤认定申请。

按照本条第一款规定应当由省级社会保险行政部门进行工伤认定的事项，根据属地原则由用人单位所在地的设区的市级社会保险行政部门办理。

用人单位未在本条第一款规定的时限内提交工伤认定申请，在此期间发生符合本条例规定的工伤待遇等有关费用由该用人单位负担。

第十八条 提出工伤认定申请应当提交下列材料：

（一）工伤认定申请表；

（二）与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的证明材料；

（三）医疗诊断证明或者职业病诊断证明书（或者职业病诊断鉴定书）。

工伤认定申请表应当包括事故发生的时间、地点、原因以及职工伤害程度等基本情况。

工伤认定申请人提供材料不完整的，社会保险行政部门应当一次性书面告知工伤认定申请人需要补正的全部材料。申请人按照书面告知要求补正材料后，社会保险行政部门应当受理。

第十九条 社会保险行政部门受理工伤认定申请后，根据审核需要可以对事故伤害进行调查核实，用人单位、职工、工会组织、医疗机构以及有关部门应当予以协助。职业病诊断和诊断争议的鉴定，依照职业病防治法的有关规定执行。对依法取得职业病诊断证明书或者职业病诊断鉴定书的，社会保险行政部门不再进行调查核实。

职工或者其近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任。

第二十条 社会保险行政部门应当自受理工伤认定申请之日起60日内作出工伤认定的决定，并书面通知申请工伤认定的职工或者其近亲属和该职工所在单位。

社会保险行政部门对受理的事实清楚、权利义务明确的工伤认定申请，应当在15日内作出工伤认定的决定。

作出工伤认定决定需要以司法机关或者有关行政主管部门的结论为依据的，在司法机关或者有关行政主管部门尚未作出结论期间，作出工伤认定决定的时限中止。

社会保险行政部门工作人员与工伤认定申请人有利害关系的，应当回避。

第四章　劳动能力鉴定

第二十一条　职工发生工伤，经治疗伤情相对稳定后存在残疾、影响劳动能力的，应当进行劳动能力鉴定。

第二十二条　劳动能力鉴定是指劳动功能障碍程度和生活自理障碍程度的等级鉴定。

劳动功能障碍分为十个伤残等级，最重的为一级，最轻的为十级。

生活自理障碍分为三个等级：生活完全不能自理、生活大部分不能自理和生活部分不能自理。

劳动能力鉴定标准由国务院社会保险行政部门会同国务院卫生行政部门等部门制定。

第二十三条　劳动能力鉴定由用人单位、工伤职工或者其近亲属向设区的市级劳动能力鉴定委员会提出申请，并提供工伤认定决定和职工工伤医疗的有关资料。

第二十四条　省、自治区、直辖市劳动能力鉴定委员会和设区的市级劳动能力鉴定委员会分别由省、自治区、直辖市和设区的市级社会保险行政部门、卫生行政部门、工会组织、经办机构代表以及用人单位代表组成。

劳动能力鉴定委员会建立医疗卫生专家库。列入专家库的医疗卫

生专业技术人员应当具备下列条件：

（一）具有医疗卫生高级专业技术职务任职资格；

（二）掌握劳动能力鉴定的相关知识；

（三）具有良好的职业品德。

第二十五条 设区的市级劳动能力鉴定委员会收到劳动能力鉴定申请后，应当从其建立的医疗卫生专家库中随机抽取3名或者5名相关专家组成专家组，由专家组提出鉴定意见。设区的市级劳动能力鉴定委员会根据专家组的鉴定意见作出工伤职工劳动能力鉴定结论；必要时，可以委托具备资格的医疗机构协助进行有关的诊断。

设区的市级劳动能力鉴定委员会应当自收到劳动能力鉴定申请之日起60日内作出劳动能力鉴定结论，必要时，作出劳动能力鉴定结论的期限可以延长30日。劳动能力鉴定结论应当及时送达申请鉴定的单位和个人。

第二十六条 申请鉴定的单位或者个人对设区的市级劳动能力鉴定委员会作出的鉴定结论不服的，可以在收到该鉴定结论之日起15日内向省、自治区、直辖市劳动能力鉴定委员会提出再次鉴定申请。省、自治区、直辖市劳动能力鉴定委员会作出的劳动能力鉴定结论为最终结论。

第二十七条 劳动能力鉴定工作应当客观、公正。劳动能力鉴定委员会组成人员或者参加鉴定的专家与当事人有利害关系的，应当回避。

第二十八条 自劳动能力鉴定结论作出之日起1年后，工伤职工或者其近亲属、所在单位或者经办机构认为伤残情况发生变化的，可以申请劳动能力复查鉴定。

第二十九条 劳动能力鉴定委员会依照本条例第二十六条和第二十八条的规定进行再次鉴定和复查鉴定的期限，依照本条例第二十五条第二款的规定执行。

第五章　工伤保险待遇

第三十条　职工因工作遭受事故伤害或者患职业病进行治疗，享受工伤医疗待遇。

职工治疗工伤应当在签订服务协议的医疗机构就医，情况紧急时可以先到就近的医疗机构急救。

治疗工伤所需费用符合工伤保险诊疗项目目录、工伤保险药品目录、工伤保险住院服务标准的，从工伤保险基金支付。工伤保险诊疗项目目录、工伤保险药品目录、工伤保险住院服务标准，由国务院社会保险行政部门会同国务院卫生行政部门、食品药品监督管理部门等部门规定。

职工住院治疗工伤的伙食补助费，以及经医疗机构出具证明，报经办机构同意，工伤职工到统筹地区以外就医所需的交通、食宿费用从工伤保险基金支付，基金支付的具体标准由统筹地区人民政府规定。

工伤职工治疗非工伤引发的疾病，不享受工伤医疗待遇，按照基本医疗保险办法处理。

工伤职工到签订服务协议的医疗机构进行工伤康复的费用，符合规定的，从工伤保险基金支付。

第三十一条　社会保险行政部门作出认定为工伤的决定后发生行政复议、行政诉讼的，行政复议和行政诉讼期间不停止支付工伤职工治疗工伤的医疗费用。

第三十二条　工伤职工因日常生活或者就业需要，经劳动能力鉴定委员会确认，可以安装假肢、矫形器、假眼、假牙和配置轮椅等辅助器具，所需费用按照国家规定的标准从工伤保险基金支付。

第三十三条　职工因工作遭受事故伤害或者患职业病需要暂停工作接受工伤医疗的，在停工留薪期内，原工资福利待遇不变，由所在

单位按月支付。

停工留薪期一般不超过 12 个月。伤情严重或者情况特殊，经设区的市级劳动能力鉴定委员会确认，可以适当延长，但延长不得超过 12 个月。工伤职工评定伤残等级后，停发原待遇，按照本章的有关规定享受伤残待遇。工伤职工在停工留薪期满后仍需治疗的，继续享受工伤医疗待遇。

生活不能自理的工伤职工在停工留薪期需要护理的，由所在单位负责。

第三十四条 工伤职工已经评定伤残等级并经劳动能力鉴定委员会确认需要生活护理的，从工伤保险基金按月支付生活护理费。

生活护理费按照生活完全不能自理、生活大部分不能自理或者生活部分不能自理 3 个不同等级支付，其标准分别为统筹地区上年度职工月平均工资的 50%、40%或者 30%。

第三十五条 职工因工致残被鉴定为一级至四级伤残的，保留劳动关系，退出工作岗位，享受以下待遇：

（一）从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：一级伤残为 27 个月的本人工资，二级伤残为 25 个月的本人工资，三级伤残为 23 个月的本人工资，四级伤残为 21 个月的本人工资；

（二）从工伤保险基金按月支付伤残津贴，标准为：一级伤残为本人工资的 90%，二级伤残为本人工资的 85%，三级伤残为本人工资的 80%，四级伤残为本人工资的 75%。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的，由工伤保险基金补足差额；

（三）工伤职工达到退休年龄并办理退休手续后，停发伤残津贴，按照国家有关规定享受基本养老保险待遇。基本养老保险待遇低于伤残津贴的，由工伤保险基金补足差额。

职工因工致残被鉴定为一级至四级伤残的，由用人单位和职工个

人以伤残津贴为基数，缴纳基本医疗保险费。

第三十六条 职工因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，享受以下待遇：

（一）从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：五级伤残为18个月的本人工资，六级伤残为16个月的本人工资；

（二）保留与用人单位的劳动关系，由用人单位安排适当工作。难以安排工作的，由用人单位按月发给伤残津贴，标准为：五级伤残为本人工资的70%，六级伤残为本人工资的60%，并由用人单位按照规定为其缴纳应缴纳的各项社会保险费。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的，由用人单位补足差额。

经工伤职工本人提出，该职工可以与用人单位解除或者终止劳动关系，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。

第三十七条 职工因工致残被鉴定为七级至十级伤残的，享受以下待遇：

（一）从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：七级伤残为13个月的本人工资，八级伤残为11个月的本人工资，九级伤残为9个月的本人工资，十级伤残为7个月的本人工资；

（二）劳动、聘用合同期满终止，或者职工本人提出解除劳动、聘用合同的，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。

第三十八条 工伤职工工伤复发，确认需要治疗的，享受本条例第三十条、第三十二条和第三十三条规定的工伤待遇。

第三十九条 职工因工死亡，其近亲属按照下列规定从工伤保险

基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金：

（一）丧葬补助金为6个月的统筹地区上年度职工月平均工资；

（二）供养亲属抚恤金按照职工本人工资的一定比例发给由因工死亡职工生前提供主要生活来源、无劳动能力的亲属。标准为：配偶每月40%，其他亲属每人每月30%，孤寡老人或者孤儿每人每月在上述标准的基础上增加10%。核定的各供养亲属的抚恤金之和不应高于因工死亡职工生前的工资。供养亲属的具体范围由国务院社会保险行政部门规定；

（三）一次性工亡补助金标准为上一年度全国城镇居民人均可支配收入的20倍。

伤残职工在停工留薪期内因工伤导致死亡的，其近亲属享受本条第一款规定的待遇。

一级至四级伤残职工在停工留薪期满后死亡的，其近亲属可以享受本条第一款第（一）项、第（二）项规定的待遇。

第四十条 伤残津贴、供养亲属抚恤金、生活护理费由统筹地区社会保险行政部门根据职工平均工资和生活费用变化等情况适时调整。调整办法由省、自治区、直辖市人民政府规定。

第四十一条 职工因工外出期间发生事故或者在抢险救灾中下落不明的，从事故发生当月起3个月内照发工资，从第4个月起停发工资，由工伤保险基金向其供养亲属按月支付供养亲属抚恤金。生活有困难的，可以预支一次性工亡补助金的50%。职工被人民法院宣告死亡的，按照本条例第三十九条职工因工死亡的规定处理。

第四十二条 工伤职工有下列情形之一的，停止享受工伤保险待遇：

（一）丧失享受待遇条件的；

（二）拒不接受劳动能力鉴定的；

（三）拒绝治疗的。

第四十三条 用人单位分立、合并、转让的，承继单位应当承担原用人单位的工伤保险责任；原用人单位已经参加工伤保险的，承继单位应当到当地经办机构办理工伤保险变更登记。

用人单位实行承包经营的，工伤保险责任由职工劳动关系所在单位承担。

职工被借调期间受到工伤事故伤害的，由原用人单位承担工伤保险责任，但原用人单位与借调单位可以约定补偿办法。

企业破产的，在破产清算时依法拨付应当由单位支付的工伤保险待遇费用。

第四十四条 职工被派遣出境工作，依据前往国家或者地区的法律应当参加当地工伤保险的，参加当地工伤保险，其国内工伤保险关系中止；不能参加当地工伤保险的，其国内工伤保险关系不中止。

第四十五条 职工再次发生工伤，根据规定应当享受伤残津贴的，按照新认定的伤残等级享受伤残津贴待遇。

第六章　监督管理

第四十六条 经办机构具体承办工伤保险事务，履行下列职责：

（一）根据省、自治区、直辖市人民政府规定，征收工伤保险费；

（二）核查用人单位的工资总额和职工人数，办理工伤保险登记，并负责保存用人单位缴费和职工享受工伤保险待遇情况的记录；

（三）进行工伤保险的调查、统计；

（四）按照规定管理工伤保险基金的支出；

（五）按照规定核定工伤保险待遇；

（六）为工伤职工或者其近亲属免费提供咨询服务。

第四十七条 经办机构与医疗机构、辅助器具配置机构在平等协商的基础上签订服务协议，并公布签订服务协议的医疗机构、辅助器

具配置机构的名单。具体办法由国务院社会保险行政部门分别会同国务院卫生行政部门、民政部门等部门制定。

第四十八条　经办机构按照协议和国家有关目录、标准对工伤职工医疗费用、康复费用、辅助器具费用的使用情况进行核查，并按时足额结算费用。

第四十九条　经办机构应当定期公布工伤保险基金的收支情况，及时向社会保险行政部门提出调整费率的建议。

第五十条　社会保险行政部门、经办机构应当定期听取工伤职工、医疗机构、辅助器具配置机构以及社会各界对改进工伤保险工作的意见。

第五十一条　社会保险行政部门依法对工伤保险费的征缴和工伤保险基金的支付情况进行监督检查。

财政部门和审计机关依法对工伤保险基金的收支、管理情况进行监督。

第五十二条　任何组织和个人对有关工伤保险的违法行为，有权举报。社会保险行政部门对举报应当及时调查，按照规定处理，并为举报人保密。

第五十三条　工会组织依法维护工伤职工的合法权益，对用人单位的工伤保险工作实行监督。

第五十四条　职工与用人单位发生工伤待遇方面的争议，按照处理劳动争议的有关规定处理。

第五十五条　有下列情形之一的，有关单位或者个人可以依法申请行政复议，也可以依法向人民法院提起行政诉讼：

（一）申请工伤认定的职工或者其近亲属、该职工所在单位对工伤认定申请不予受理的决定不服的；

（二）申请工伤认定的职工或者其近亲属、该职工所在单位对工伤认定结论不服的；

（三）用人单位对经办机构确定的单位缴费费率不服的；

（四）签订服务协议的医疗机构、辅助器具配置机构认为经办机构未履行有关协议或者规定的；

（五）工伤职工或者其近亲属对经办机构核定的工伤保险待遇有异议的。

第七章　法律责任

第五十六条　单位或者个人违反本条例第十二条规定挪用工伤保险基金，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予处分或者纪律处分。被挪用的基金由社会保险行政部门追回，并入工伤保险基金；没收的违法所得依法上缴国库。

第五十七条　社会保险行政部门工作人员有下列情形之一的，依法给予处分；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）无正当理由不受理工伤认定申请，或者弄虚作假将不符合工伤条件的人员认定为工伤职工的；

（二）未妥善保管申请工伤认定的证据材料，致使有关证据灭失的；

（三）收受当事人财物的。

第五十八条　经办机构有下列行为之一的，由社会保险行政部门责令改正，对直接负责的主管人员和其他责任人员依法给予纪律处分；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任；造成当事人经济损失的，由经办机构依法承担赔偿责任：

（一）未按规定保存用人单位缴费和职工享受工伤保险待遇情况记录的；

（二）不按规定核定工伤保险待遇的；

（三）收受当事人财物的。

第五十九条　医疗机构、辅助器具配置机构不按服务协议提供服

务的，经办机构可以解除服务协议。

经办机构不按时足额结算费用的，由社会保险行政部门责令改正；医疗机构、辅助器具配置机构可以解除服务协议。

第六十条 用人单位、工伤职工或者其近亲属骗取工伤保险待遇，医疗机构、辅助器具配置机构骗取工伤保险基金支出的，由社会保险行政部门责令退还，处骗取金额2倍以上5倍以下的罚款；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第六十一条 从事劳动能力鉴定的组织或者个人有下列情形之一的，由社会保险行政部门责令改正，处2000元以上1万元以下的罚款；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）提供虚假鉴定意见的；

（二）提供虚假诊断证明的；

（三）收受当事人财物的。

第六十二条 用人单位依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加的，由社会保险行政部门责令限期参加，补缴应当缴纳的工伤保险费，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，处欠缴数额1倍以上3倍以下的罚款。

依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。

用人单位参加工伤保险并补缴应当缴纳的工伤保险费、滞纳金后，由工伤保险基金和用人单位依照本条例的规定支付新发生的费用。

第六十三条 用人单位违反本条例第十九条的规定，拒不协助社会保险行政部门对事故进行调查核实的，由社会保险行政部门责令改正，处2000元以上2万元以下的罚款。

第八章　附则

第六十四条　本条例所称工资总额，是指用人单位直接支付给本单位全部职工的劳动报酬总额。

本条例所称本人工资，是指工伤职工因工作遭受事故伤害或者患职业病前12个月平均月缴费工资。本人工资高于统筹地区职工平均工资300%的，按照统筹地区职工平均工资的300%计算；本人工资低于统筹地区职工平均工资60%的，按照统筹地区职工平均工资的60%计算。

第六十五条　公务员和参照公务员法管理的事业单位、社会团体的工作人员因工作遭受事故伤害或者患职业病的，由所在单位支付费用。具体办法由国务院社会保险行政部门会同国务院财政部门规定。

第六十六条　无营业执照或者未经依法登记、备案的单位以及被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位的职工受到事故伤害或者患职业病的，由该单位向伤残职工或者死亡职工的近亲属给予一次性赔偿，赔偿标准不得低于本条例规定的工伤保险待遇；用人单位不得使用童工，用人单位使用童工造成童工伤残、死亡的，由该单位向童工或者童工的近亲属给予一次性赔偿，赔偿标准不得低于本条例规定的工伤保险待遇。具体办法由国务院社会保险行政部门规定。

前款规定的伤残职工或者死亡职工的近亲属就赔偿数额与单位发生争议的，以及前款规定的童工或者童工的近亲属就赔偿数额与单位发生争议的，按照处理劳动争议的有关规定处理。

第六十七条　本条例自2004年1月1日起施行。本条例施行前已受到事故伤害或者患职业病的职工尚未完成工伤认定的，按照本条例的规定执行。

工伤认定办法

第一条 为规范工伤认定程序，依法进行工伤认定，维护当事人的合法权益，根据《工伤保险条例》的有关规定，制定本办法。

第二条 社会保险行政部门进行工伤认定按照本办法执行。

第三条 工伤认定应当客观公正、简捷方便，认定程序应当向社会公开。

第四条 职工发生事故伤害或者按照职业病防治法规定被诊断、鉴定为职业病，所在单位应当自事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起 30 日内，向统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。遇有特殊情况，经报社会保险行政部门同意，申请时限可以适当延长。

按照前款规定应当向省级社会保险行政部门提出工伤认定申请的，根据属地原则应当向用人单位所在地设区的市级社会保险行政部门提出。

第五条 用人单位未在规定的时限内提出工伤认定申请的，受伤害职工或者其近亲属、工会组织在事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起 1 年内，可以直接按照本办法第四条规定提出工伤认定申请。

第六条 提出工伤认定申请应当填写《工伤认定申请表》，并提交下列材料：

（一）劳动、聘用合同文本复印件或者与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）、人事关系的其他证明材料；

（二）医疗机构出具的受伤后诊断证明书或者职业病诊断证明书



（或者职业病诊断鉴定书）。

第七条 工伤认定申请人提交的申请材料符合要求，属于社会保险行政部门管辖范围且在受理时限内的，社会保险行政部门应当受理。

第八条 社会保险行政部门收到工伤认定申请后，应当在15日内对申请人提交的材料进行审核，材料完整的，作出受理或者不予受理的决定；材料不完整的，应当以书面形式一次性告知申请人需要补正的全部材料。社会保险行政部门收到申请人提交的全部补正材料后，应当在15日内作出受理或者不予受理的决定。

社会保险行政部门决定受理的，应当出具《工伤认定申请受理决定书》；决定不予受理的，应当出具《工伤认定申请不予受理决定书》。

第九条 社会保险行政部门受理工伤认定申请后，可以根据需要对申请人提供的证据进行调查核实。

第十条 社会保险行政部门进行调查核实，应当由两名以上工作人员共同进行，并出示执行公务的证件。

第十一条 社会保险行政部门工作人员在工伤认定中，可以进行以下调查核实工作：

（一）根据工作需要，进入有关单位和事故现场；

（二）依法查阅与工伤认定有关的资料，询问有关人员并作出调查笔录；

（三）记录、录音、录像和复制与工伤认定有关的资料。调查核实工作的证据收集参照行政诉讼证据收集的有关规定执行。

第十二条 社会保险行政部门工作人员进行调查核实时，有关单位和个人应当予以协助。用人单位、工会组织、医疗机构以及有关部门应当负责安排相关人员配合工作，据实提供情况和证明材料。

第十三条 社会保险行政部门在进行工伤认定时，对申请人提供

的符合国家有关规定的职业病诊断证明书或者职业病诊断鉴定书，不再进行调查核实。职业病诊断证明书或者职业病诊断鉴定书不符合国家规定的要求和格式的，社会保险行政部门可以要求出具证据部门重新提供。

第十四条 社会保险行政部门受理工伤认定申请后，可以根据工作需要，委托其他统筹地区的社会保险行政部门或者相关部门进行调查核实。

第十五条 社会保险行政部门工作人员进行调查核实时，应当履行下列义务：

（一）保守有关单位商业秘密以及个人隐私；

（二）为提供情况的有关人员保密。

第十六条 社会保险行政部门工作人员与工伤认定申请人有利害关系的，应当回避。

第十七条 职工或者其近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由该用人单位承担举证责任。用人单位拒不举证的，社会保险行政部门可以根据受伤害职工提供的证据或者调查取得的证据，依法作出工伤认定决定。

第十八条 社会保险行政部门应当自受理工伤认定申请之日起60日内作出工伤认定决定，出具《认定工伤决定书》或者《不予认定工伤决定书》。

第十九条 《认定工伤决定书》应当载明下列事项：

（一）用人单位全称；

（二）职工的姓名、性别、年龄、职业、身份证号码；

（三）受伤害部位、事故时间和诊断时间或职业病名称、受伤害经过和核实情况、医疗救治的基本情况和诊断结论；

（四）认定工伤或者视同工伤的依据；

（五）不服认定决定申请行政复议或者提起行政诉讼的部门和

时限；

（六）作出认定工伤或者视同工伤决定的时间。

《不予认定工伤决定书》应当载明下列事项：

（一）用人单位全称；

（二）职工的姓名、性别、年龄、职业、身份证号码；

（三）不予认定工伤或者不视同工伤的依据；

（四）不服认定决定申请行政复议或者提起行政诉讼的部门和时限；

（五）作出不予认定工伤或者不视同工伤决定的时间。

《认定工伤决定书》和《不予认定工伤决定书》应当加盖社会保险行政部门工伤认定专用印章。

第二十条 社会保险行政部门受理工伤认定申请后，作出工伤认定决定需要以司法机关或者有关行政主管部门的结论为依据的，在司法机关或者有关行政主管部门尚未作出结论期间，作出工伤认定决定的时限中止，并书面通知申请人。

第二十一条 社会保险行政部门对于事实清楚、权利义务明确的工伤认定申请，应当自受理工伤认定申请之日起15日内作出工伤认定决定。

第二十二条 社会保险行政部门应当自工伤认定决定作出之日起20日内，将《认定工伤决定书》或者《不予认定工伤决定书》送达受伤害职工（或者其近亲属）和用人单位，并抄送社会保险经办机构。

《认定工伤决定书》和《不予认定工伤决定书》的送达参照民事法律有关送达的规定执行。

第二十三条 职工或者其近亲属、用人单位对不予受理决定不服或者对工伤认定决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

第二十四条 工伤认定结束后，社会保险行政部门应当将工伤认定的有关资料保存50年。

第二十五条 用人单位拒不协助社会保险行政部门对事故伤害进行调查核实的，由社会保险行政部门责令改正，处2000元以上2万元以下的罚款。

第二十六条 本办法中的《工伤认定申请表》、《工伤认定申请受理决定书》、《工伤认定申请不予受理决定书》、《认定工伤决定书》、《不予认定工伤决定书》的样式由国务院社会保险行政部门统一制定。

第二十七条 本办法自2011年1月1日起施行。劳动和社会保障部2003年9月23日颁布的《工伤认定办法》同时废止。

编号：

工伤认定申请表

申请人：

受伤害职工：

申请人与受伤害职工关系：

填表日期：　年　月　日

职工姓名		性别		出生日期	年　月　日
身份证号码				联系电话	
家庭地址				邮政编码	
工作单位				联系电话	
单位地址				邮政编码	
职业、工种或工作岗位				参加工作时间	
事故时间、地点及主要原因				诊断时间	
受伤害部位				职业病名称	
接触职业病危害岗位				接触职业病危害时间	

附录

<table>
<tr><td>受伤害经过简述
（可附页）</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">申请事项：

申请人签字：
年 月 日</td></tr>
<tr><td colspan="2">用人单位意见：

经办人签字
（公章）

年 月 日</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td rowspan="2">社会保险行政部门审查资料和受理意见</td><td>经办人签字：

年　月　日</td></tr>
<tr><td>负责人签字：
（公章）

年　月　日</td></tr>
<tr><td colspan="2">备注：</td></tr>
</table>

备注：

填表说明：

1、用钢笔或签字笔填写，字体工整清楚。

2、申请人为用人单位的，在首页申请人处加盖单位公章。

3、受伤害部位一栏填写受伤害的具体部位。

4、诊断时间一栏，职业病者，按职业病确诊时间填写；受伤或死亡的，按初诊时间填写。

5、受伤害经过简述，应写明事故发生的时间、地点，当时所从事的工作，受伤害的原因以及伤害部位和程度。职业病患者应写明在何单位从事何种有害作业，起止时间，确诊结果。

6、申请人提出工伤认定申请时，应当提交受伤害职工的居民身份证；医疗机构出具的职工受伤害时初诊诊断证明书，或者依法承担职业病诊断的医疗机构出具的职业病诊断证明书（或者职业病诊断鉴定书）；职工受伤害或者诊断患职业病时与用人单位之间的劳动、聘用合同或者其他存在劳动、人事关系的证明。

有下列情形之一的，还应当分别提交相应证据：

（一）职工死亡的，提交死亡证明；

（二）在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的，提交公安部门的证明或者其他相关证明；

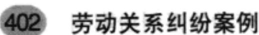
（三）因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的，提交公安部门的证明或者相关部门的证明；

（四）上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的，提交公安机关交通管理部门或者其他相关部门的证明；

（五）在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的，提交医疗机构的抢救证明；

（六）在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的，提交民政部门或者其他相关部门的证明；

（七）属于因战、因公负伤致残的转业、复员军人，旧伤复发的，提交《革



命伤残军人证》及劳动能力鉴定机构对旧伤复发的确认。

7、申请事项栏，应写明受伤害职工或者其近亲属、工会组织提出工伤认定申请并签字。

8、用人单位意见栏，应签署是否同意申请工伤，所填情况是否属实，经办人签字并加盖单位公章。

9、社会保险行政部门审查资料和受理意见栏，应填写补正材料或是否受理的意见。

10、此表一式二份，社会保险行政部门、申请人各留存一份。

编号：

工伤认定申请受理决定书

________：

你（单位）于________年____月____日提交______的工伤认定申请收悉。经审查，符合工伤认定受理的条件，现予受理。

（盖章）

年 月 日

注：本决定书一式三份，社会保险行政部门、职工或者其近亲属、用人单位各留存一份。

编号：

工伤认定申请不予受理决定书

________：

你（单位）于________年____月____日提交______的工伤认定申请收悉。

经审查：____不符合《工伤保险条例》第______条______________规定的受理条件，现决定不予受理。

如对本决定不服，可在接到决定书之日起60日内向

申请行政复议，或者向人民法院提起行政诉讼。

（盖章）

年　月　日

注：本决定书一式三份，社会保险行政部门、职工或者其近亲属、用人单位各留存一份。

编号：

认定工伤决定书

申请人：

职工姓名：性别：年龄：

身份证号码：

用人单位：

职业/工种/工作岗位：

事故时间：　　年　月　日

事故地点：

诊断时间：　　年　月　日

受伤害部位/职业病名称：

受伤害经过、医疗救治的基本情况和诊断结论：

______年____月____日受理________的工伤认定申请后，根据提交的材料调查核实情况如下：

同志受到的事故伤害（或患职业病），符合《工伤保险条例》第______条第______款第______项之规定，属于工伤认定范围，现予以认定（或视同）为工伤。

如对本工伤认定决定不服的，可自接到本决定书之日起60日内向____________申请行政复议，或者向人民法院提起行政诉讼。

（工伤认定专用章）

年　月　日

注：本通知一式四份，社会保险行政部门、职工或者其近亲属、用人单位、社会保险经办机构各留存一份。

编号：

不予认定工伤决定书

申请人：

职工姓名：　　　　　　　性别：　　　　　　　年龄：

身份证号码：

用人单位：

职业/工种/工作岗位：

________年______月______日受理___________的工伤认定申请后，根据提交的材料调查核实情况如下：

______同志受到的伤害，不符合《工伤保险条例》第十四条、第十五条认定工伤或者视同工伤的情形；或者根据《工伤保险条例》第十六条第______项

之规定，属于不得认定或者视同工伤的情形。现决定不予认定或者视同工伤。

如对本工伤认定结论不服的，可自接到本决定书之日起60日内向______申请行政复议，或者向人民法院提起行政诉讼。

（工伤认定专用章）

年 月 日

注：本通知一式三份，社会保险行政部门、职工或者其近亲属、用人单位各留存一份。

失业保险条例

第一章　总则

第一条　为了保障失业人员失业期间的基本生活，促进其再就业，制定本条例。

第二条　城镇企业事业单位、城镇企业事业单位职工依照本条例的规定，缴纳失业保险费。

城镇企业事业单位失业人员依照本条例的规定，享受失业保险待遇。

本条所称城镇企业，是指国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业以及其他城镇企业。

第三条　国务院劳动保障行政部门主管全国的失业保险工作。县级以上地方各级人民政府劳动保障行政部门主管本行政区域内的失业保险工作。劳动保障行政部门按照国务院规定设立的经办失业保险业务的社会保险经办机构依照本条例的规定，具体承办失业保险工作。

第四条　失业保险费按照国家有关规定征缴。

第二章　失业保险基金

第五条　失业保险基金由下列各项构成：

（一）城镇企业事业单位、城镇企业事业单位职工缴纳的失业保险费；

（二）失业保险基金的利息；

（三）财政补贴；

（四）依法纳入失业保障基金的其他资金。

第六条 城镇企业事业单位按照本单位工资总额的百分之二缴纳失业保险费。城镇企业事业单位职工按照本人工资的百分之一缴纳失业保险费。城镇企业事业单位招用的农民合同制工人本人不缴纳失业保险费。

第七条 失业保险基金在直辖市和设区的市实行全市统筹；其他地区的统筹层次由省、自治区人民政府规定。

第八条 省、自治区可以建立失业保险调剂金。

失业保险调剂金以统筹地区依法应当征收的失业保险费为基数，按照省、自治区人民政府规定的比例筹集。

统筹地区的失业保险基金不敷使用时，由失业保险调剂金调剂、地方财政补贴。

失业保险调剂金的筹集、调剂使用以及地方财政补贴的具体办法，由省、自治区人民政府规定。

第九条 省、自治区、直辖市人民政府根据本行政区域失业人员数量和失业保险基金数额，报经国务院批准，可以适当调整本行政区域失业保险费的费率。

第十条 失业保险基金用于下列支出：

（一）失业保险金；

（二）领取失业保险金期间的医疗补助金；

（三）领取失业保险金期间死亡的失业人员的丧葬补助金和其供养的配偶、直系亲属的抚恤金；

（四）领取失业保险金期间接受职业培训、职业介绍的补贴，补贴的办法和标准由省、自治区、直辖市人民政府规定；

（五）国务院规定或者批准的与失业保险有关的其他费用。

第十一条 失业保险基金必须存入财政部门在国有商业银行开设的社会保障基金财政专户，实行收支两条线管理，由财政部门依法进行监督。

存入银行和按照国家规定购买国债的失业保险基金，分别按照城乡居民同期存款利率和国债利息计息。失业保险基金的利息并入失业保险基金。

失业保险基金专款专用，不得挪作他用，不得用于平衡财政收支。

第十二条 失业保险基金收支的预算、决算，由统筹地区社会保险经办机构编制，经同级劳动保障行政部门复核、同级财政部门审核，报同级人民政府审批。

第十三条 失业保险基金的财务制度和会计制度按照国家有关规定执行。

第三章 失业保险待遇

第十四条 具备下列条件的失业人员，可以领取失业保险金：

（一）按照规定参加失业保险，所在单位和本人已按照规定履行缴费义务满1年的；

（二）非因本人意愿中断就业的；

（三）已办理失业登记，并有求职要求的。

失业人员在领取失业保险金期间，按照规定同时享受其他失业保险待遇。

第十五条 失业人员在领取失业保险金期间有下列情形之一的，停止领取失业保险金，并同时停止享受其他失业保险待遇：

（一）重新就业的；

（二）应征服兵役的；

（三）移居境外的；

（四）享受基本养老保险待遇的；

（五）被判刑收监执行或者被劳动教养的；

（六）无正当理由，拒不接受当地人民政府指定的部门或者机构

介绍的工作的；

（七）有法律、行政法规规定的其他情形的。

第十六条 城镇企业事业单位应当及时为失业人员出具终止或者解除劳动关系的证明，告知其按照规定享受失业保险待遇的权利，并将失业人员的名单自终止或者解除劳动关系之日起7日内报社会保险经办机构备案。

城镇企业事业单位职工失业后，应当持本单位为其出具的终止或者解除劳动关系的证明，及时到指定的社会保险经办机构办理失业登记。失业保险金自办理失业登记之日起计算。

失业保险金由社会保险经办机构按月发放。社会保险经办机构为失业人员开具领取失业保险金的单证，失业人员凭单证到指定银行领取失业保险金。

第十七条 失业人员失业前所在单位和本人按照规定累计缴费时间满1年不足5年的，领取失业保险金的期限最长为12个月；累计缴费时间满5年不足10年的，领取失业保险金的期限最长为18个月；累计缴费时间10年以上的，领取失业保险金的期限最长为24个月。重新就业后，再次失业的，缴费时间重新计算，领取失业保险金的期限可以与前次失业应领取而尚未领取的失业保险金的期限合并计算，但是最长不得超过24个月。

第十八条 失业保险金的标准，按照低于当地最低工资标准、高于城市居民最低生活保障标准的水平，由省、自治区、直辖市人民政府确定。

第十九条 失业人员在领取失业保险金期间患病就医的，可以按照规定向社会保险经办机构申请领取医疗补助金。医疗补助金的标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。

第二十条 失业人员在领取失业保险金期间死亡的，参照当地对在职职工的规定，对其家属一次性发给丧葬补助金和抚恤金。

第二十一条 单位招用的农民合同制工人连续工作满1年，本单位并已缴纳失业保险费，劳动合同期满未续订或者提前解除劳动合同的，由社会保险经办机构根据其工作时间长短，对其支付一次性生活补助。补助的办法和标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。

第二十二条 城镇企业事业单位成建制跨统筹地区转移，失业人员跨统筹地区流动的，失业保险关系随之转迁。

第二十三条 失业人员符合城市居民最低生活保障条件的，按照规定享受城市居民最低生活保障待遇。

第四章 管理和监督

第二十四条 劳动保障行政部门管理失业保险工作，履行下列职责：

（一）贯彻实施失业保险法律、法规；

（二）指导社会保险经办机构的工作；

（三）对失业保险费的征收和失业保险待遇的支付进行监督检查。

第二十五条 社会保险经办机构具体承办失业保险工作，履行下列职责：

（一）负责失业人员的登记、调查、统计；

（二）按照规定负责失业保险基金的管理；

（三）按照规定核定失业保险待遇，开具失业人员在指定银行领取失业保险金和其他补助金的单证；

（四）拨付失业人员职业培训、职业介绍补贴费用；

（五）为失业人员提供免费咨询服务；

（六）国家规定由其履行的其他职责。

第二十六条 财政部门和审计部门依法对失业保险基金的收支、管理情况进行监督。

第二十七条 社会保险经办机构所需经费列入预算，由财政拨付。

第五章 罚则

第二十八条 不符合享受失业保险待遇条件，骗取失业保险金和其他失业保险待遇的，由社会保险经办机构责令退还；情节严重的，由劳动保障行政部门处骗取金额1倍以上3倍以下的罚款。

第二十九条 社会保险经办机构工作人员违反规定向失业人员开具领取失业保险金或者享受其他失业保险待遇单证，致使失业保险基金损失的，由劳动保障行政部门责令追回；情节严重的，依法给予行政处分。

第三十条 劳动保障行政部门和社会保险经办机构的工作人员滥用职权、徇私舞弊、玩忽职守，造成失业保险基金损失的，由劳动保障行政部门追回损失的失业保险基金；构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予行政处分。

第三十一条 任何单位、个人挪用失业保险基金的，追回挪用的失业保险基金；有违法所得的，没收违法所得，并入失业保险基金；构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分。

第六章 附则

第三十二条 省、自治区、直辖市人民政府根据当地实际情况，可以决定本条例适用于本行政区域内的社会团体及其专职人员、民办非企业单位及其职工、有雇工的城镇个体工商户及其雇工。

第三十三条 本条例自发布之日起施行。1993年4月12日国务院发布的《国有企业职工待业保险规定》同时废止。

最低工资规定

第一条 为了维护劳动者取得劳动报酬的合法权益，保障劳动者个人及其家庭成员的基本生活，根据劳动法和国务院有关规定，制定本规定。

第二条 本规定适用于在中华人民共和国境内的企业、民办非企业单位、有雇工的个体工商户（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者。

国家机关、事业单位、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本规定执行。

第三条 本规定所称最低工资标准，是指劳动者在法定工作时间或依法签订的劳动合同约定的工作时间内提供了正常劳动的前提下，用人单位依法应支付的最低劳动报酬。

本规定所称正常劳动，是指劳动者按依法签订的劳动合同约定，在法定工作时间或劳动合同约定的工作时间内从事的劳动。劳动者依法享受带薪年休假、探亲假、婚丧假、生育（产）假、节育手术假等国家规定的假期间，以及法定工作时间内依法参加社会活动期间，视为提供了正常劳动。

第四条 县级以上地方人民政府劳动保障行政部门负责对本行政区域内用人单位执行本规定情况进行监督检查。

各级工会组织依法对本规定执行情况进行监督，发现用人单位支付劳动者工资违反本规定的，有权要求当地劳动保障行政部门处理。

第五条 最低工资标准一般采取月最低工资标准和小时最低工资标准的形式。月最低工资标准适用于全日制就业劳动者，小时最低工

资标准适用于非全日制就业劳动者。

第六条 确定和调整月最低工资标准，应参考当地就业者及其赡养人口的最低生活费用、城镇居民消费价格指数、职工个人缴纳的社会保险费和住房公积金、职工平均工资、经济发展水平、就业状况等因素。

确定和调整小时最低工资标准，应在颁布的月最低工资标准的基础上，考虑单位应缴纳的基本养老保险费和基本医疗保险费因素，同时还应适当考虑非全日制劳动者在工作稳定性、劳动条件和劳动强度、福利等方面与全日制就业人员之间的差异。

月最低工资标准和小时最低工资标准具体测算方法见附件。

第七条 省、自治区、直辖市范围内的不同行政区域可以有不同的最低工资标准。

第八条 最低工资标准的确定和调整方案，由省、自治区、直辖市人民政府劳动保障行政部门会同同级工会、企业联合会/企业家协会研究拟订，并将拟订的方案报送劳动保障部。方案内容包括最低工资确定和调整的依据、适用范围、拟订标准和说明。劳动保障部在收到拟订方案后，应征求全国总工会、中国企业联合会/企业家协会的意见。

劳动保障部对方案可以提出修订意见，若在方案收到后 14 日内未提出修订意见的，视为同意。

第九条 省、自治区、直辖市劳动保障行政部门应将本地区最低工资标准方案报省、自治区、直辖市人民政府批准，并在批准后 7 日内在当地政府公报上和至少一种全地区性报纸上发布。省、自治区、直辖市劳动保障行政部门应在发布后 10 日内将最低工资标准报劳动保障部。

第十条 最低工资标准发布实施后，如本规定第六条所规定的相关因素发生变化，应当适时调整。最低工资标准每两年至少调整

一次。

第十一条 用人单位应在最低工资标准发布后10日内将该标准向本单位全体劳动者公示。

第十二条 在劳动者提供正常劳动的情况下，用人单位应支付给劳动者的工资在剔除下列各项以后，不得低于当地最低工资标准：

（一）延长工作时间工资；

（二）中班、夜班、高温、低温、井下、有毒有害等特殊工作环境、条件下的津贴；

（三）法律、法规和国家规定的劳动者福利待遇等。

实行计件工资或提成工资等工资形式的用人单位，在科学合理的劳动定额基础上，其支付劳动者的工资不得低于相应的最低工资标准。

劳动者由于本人原因造成在法定工作时间内或依法签订的劳动合同约定的工作时间内未提供正常劳动的，不适用于本条规定。

第十三条 用人单位违反本规定第十一条规定的，由劳动保障行政部门责令其限期改正；违反本规定第十二条规定的，由劳动保障行政部门责令其限期补发所欠劳动者工资，并可责令其按所欠工资的1至5倍支付劳动者赔偿金。

第十四条 劳动者与用人单位之间就执行最低工资标准发生争议，按劳动争议处理有关规定处理。

第十五条 本规定自2004年3月1日起实施。1993年11月24日原劳动部发布的《企业最低工资规定》同时废止。

附件：最低工资标准测算方法

一、确定最低工资标准应考虑的因素

确定最低工资标准一般考虑城镇居民生活费用支出、职工个人缴纳社会保险费、住房公积金、职工平均工资、失业率、经济发展水平等因素。可用公式表示为：

M = f（C、S、A、U、E、a）

M 最低工资标准；

C 城镇居民人均生活费用；

S 职工个人缴纳社会保险费、住房公积金；

A 职工平均工资；

U 失业率；

E 经济发展水平；

a 调整因素。

二、确定最低工资标准的通用方法

1. 比重法即根据城镇居民家计调查资料，确定一定比例的最低人均收入户为贫困户，统计出贫困户的人均生活费用支出水平，乘以每一就业者的赡养系数，再加上一个调整数。

2. 恩格尔系数法即根据国家营养学会提供的年度标准食物谱及标准食物摄取量，结合标准食物的市场价格，计算出最低食物支出标准，除以恩格尔系数，得出最低生活费用标准，再乘以每一就业者的赡养系数，再加上一个调整数。

以上方法计算出月最低工资标准后，再考虑职工个人缴纳社会保险费、住房公积金、职工平均工资水平、社会救济金和失业保险金标准、就业状况、经济发展水平等进行必要的修正。

举例：某地区最低收入组人均每月生活费支出为210元，每一就业者赡养系数为1.87，最低食物费用为127元，恩格尔系数为0.604，平均工资为900元。

1. 按比重法计算得出该地区月最低工资标准为：

月最低工资标准 = 210 × 1.87 + a = 393 + a（元）（1）

2. 按恩格尔系数法计算得出该地区月最低工资标准为：

月最低工资标准 = 127 ÷ 0.604 × 1.87 + a = 393 + a（元）（2）

公式（1）与（2）中a的调整因素主要考虑当地个人缴纳养老、

失业、医疗保险费和住房公积金等费用。

另，按照国际上一般月最低工资标准相当于月平均工资的40－60%，则该地区月最低工资标准范围应在360元－540元之间。

小时最低工资标准=〔（月最低工资标准÷20.92÷8）×（1+单位应当缴纳的基本养老保险费、基本医疗保险费比例之和）〕×（1+浮动系数）

浮动系数的确定主要考虑非全日制就业劳动者工作稳定性、劳动条件和劳动强度、福利等方面与全日制就业人员之间的差异。

各地可参照以上测算办法，根据当地实际情况合理确定月、小时最低工资标准。

工资支付暂行规定

第一条 为维护劳动者通过劳动获得劳动报酬的权利，规范用人单位的工资支付行为，根据《中华人民共和国劳动法》有关规定，制定本规定。

第二条 本规定适用于在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者。

国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本规定执行。

第三条 本规定所称工资是指用人单位依据劳动合同的规定，以各种形式支付给劳动者的工资报酬。

第四条 工资支付主要包括：工资支付项目、工资支付水平、工资支付形式、工资支付对象、工资支付时间以及特殊情况下的工资支付。

第五条 工资应当以法定货币支付。不得以实物及有价证券替代货币支付。

第六条 用人单位应将工资支付给劳动者本人。劳动者本人因故不能领取工资时，可由其亲属或委托他人代领。

用人单位可委托银行代发工资。

用人单位必须书面记录支付劳动者工资的数额、时间、领取者的姓名以及签字，并保存两年以上备查。用人单位在支付工资时应向劳动者提供一份其个人的工资清单。

第七条 工资必须在用人单位与劳动者约定的日期支付。如遇节假日或休息日，则应提前在最近的工作日支付。工资至少每月支付一

次，实行周、日、小时工资制的可按周、日、小时支付工资。

第八条 对完成一次性临时劳动或某项具体工作的劳动者，用人单位应按有关协议或合同规定在其完成劳动任务后即支付工资。

第九条 劳动关系双方依法解除或终止劳动合同时，用人单位应在解除或终止劳动合同时一次付清劳动者工资。

第十条 劳动者在法定工作时间内依法参加社会活动期间，用人单位应视同其提供了正常劳动而支付工资。社会活动包括：依法行使选举权或被选举权；当选代表出席乡（镇）、区以上政府、党派、工会、青年团、妇女联合会等组织召开的会议；出任人民法庭证明人；出席劳动模范、先进工作者大会；《工会法》规定的不脱产工会基层委员会委员因工会活动占用的生产或工作时间；其他依法参加的社会活动。

第十一条 劳动者依法享受年休假、探亲假、婚假、丧假期间，用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。

第十二条 非因劳动者原因造成单位停工、停产在一个工资支付周期内的，用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。超过一个工资支付周期的，若劳动者提供了正常劳动，则支付给劳动者的劳动报酬不得低于当地的最低工资标准；若劳动者没有提供正常劳动，应按国家有关规定办理。

第十三条 用人单位在劳动者完成劳动定额或规定的工作任务后，根据实际需要安排劳动者在法定标准工作时间以外工作的，应按以下标准支付工资：

（一）用人单位依法安排劳动者在日法定标准工作时间以外延长工作时间的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人小时工资标准的150%支付劳动者工资；

（二）用人单位依法安排劳动者在休息日工作，而又不能安排补休的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的

200%支付劳动者工资；

（三）用人单位依法安排劳动者在法定休假节日工作的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的300%支付劳动者工资。

实行计件工资的劳动者，在完成计件定额任务后，由用人单位安排延长工作时间的，应根据上述规定的原则，分别按照不低于其本人法定工作时间计件单价的150%、200%、300%支付其工资。

经劳动行政部门批准实行综合计算工时工作制的，其综合计算工作时间超过法定标准工作时间的部分，应视为延长工作时间，并应按本规定支付劳动者延长工作时间的工资。

实行不定时工时制度的劳动者，不执行上述规定。

第十四条 用人单位依法破产时，劳动者有权获得其工资。在破产清偿中用人单位应按《中华人民共和国企业破产法》规定的清偿顺序，首先支付欠付本单位劳动者的工资。

第十五条 用人单位不得克扣劳动者工资。有下列情况之一的，用人单位可以代扣劳动者工资：

（1）用人单位代扣代缴的个人所得税；

（2）用人单位代扣代缴的应由劳动者个人负担的各项社会保险费用；

（3）法院判决、裁定中要求代扣的抚养费、赡养费；

（4）法律、法规规定可以从劳动者工资中扣除的其他费用。

第十六条 因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付。

第十七条 用人单位应根据本规定，通过与职工大会、职工代表

大会或者其他形式协商制定内部的工资支付制度，并告知本单位全体劳动者，同时抄报当地劳动行政部门备案。

第十八条 各级劳动行政部门有权监察用人单位工资支付的情况。用人单位有下列侵害劳动者合法权益行为的，由劳动行政部门责令其支付劳动者工资和经济补偿，并可责令其支付赔偿金：

（一）克扣或者无故拖欠劳动者工资的；

（二）拒不支付劳动者延长工作时间工资的；

（三）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的。

经济补偿和赔偿金的标准，按国家有关规定执行。

第十九条 劳动者与用人单位因工资支付发生劳动争议的，当事人可依法向劳动争议仲裁机关申请仲裁。对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。

第二十条 本规定自一九九五年一月一日起施行。

对《工资支付暂行规定》有关问题的补充规定

根据《工资支付暂行规定》（劳部发〔1994〕489号，以下简称《规定》）确定的原则，现就有关问题作出如下补充规定：

一、《规定》第十一条、第十二条、第十三条所称“按劳动合同规定的标准”，系指劳动合同规定的劳动者本人所在的岗位（职位）相对应的工资标准。

因劳动合同制度尚处于推进的过程中，按上述条款规定执行确有困难的，地方或行业劳动行政部门可在不违反《规定》所确定的总的原则基础上，制定过渡措施。

二、关于加班加点的工资支付问题

1.《规定》第十三条第（一）、（二）、（三）款规定的在符合法定标准工作时间的制度工时以外延长工作时间及安排休息日和法定休假节日工作应支付的工资，是根据加班加点的多少，以劳动合同确定

的正常工作时间工资标准的一定倍数所支付的劳动报酬，即凡是安排劳动者在法定工作日延长工作时间或安排在休息日工作而又不能补休的，均应支付给劳动者不低于劳动合同规定的劳动者本人小时或日工资标准150%、200%的工资；安排在法定休假节日工作的，应另外支付给劳动者不低于劳动合同规定的劳动者本人小时或日工资标准300%的工资。

2. 关于劳动者日工资的折算。由于劳动定额等劳动标准都与制度工时相联系，因此，劳动者日工资可统一按劳动者本人的月工资标准除以每月制度工作天数进行折算。

根据国家关于职工每日工作8小时，每周工作时间40小时的规定，每月制度工时天数为21.5天。考虑到国家允许施行每周40小时工时制度有困难的企业最迟可以延期到1997年5月1日施行，因此，在过渡期内，实行每周44小时工时制度的企业，其日工资折算可仍按每月制度工作天数23.5天执行。

三、《规定》第十五条中所称“克扣”系指用人单位无正当理由扣减劳动者应得工资（即在劳动者已提供正常劳动的前提下用人单位按劳动合同规定的标准应当支付给劳动者的全部劳动报酬）。不包括以下减发工资的情况：（1）国家的法律、法规中有明确规定的；（2）依法签订的劳动合同中有明确规定的；（3）用人单位依法制定并经职代会批准的厂规、厂纪中有明确规定的；（4）企业工资总额与经济效益相联系，经济效益下浮时，工资必须下浮的（但支付给劳动者工资不得低于当地最低工资标准）；（5）因劳动者请事假等相应减发工资等。

四、《规定》第十八条所称“无故拖欠”系指用人单位无正当理由超过规定付薪时间未支付劳动者工资。不包括：（1）用人单位遇到非人力所能抗拒的自然灾害、战争等原因、无法按时支付工资；（2）用人单位确因生产经营困难、资金周转受到影响，在征得本单

位工会同意后，可暂时延期支付劳动者工资，延期时间的最长限制可由各省、自治区、直辖市劳动行政部门根据各地情况确定。其他情况下拖欠工资均属无故拖欠。

五、关于特殊人员的工资支付问题

1. 劳动者受处分后的工资支付：（1）劳动者受行政处分后仍在原单位工作（如留用察看、降级等）或受刑事处分后重新就业的，应主要由用人单位根据具体情况自主确定其工资报酬；（2）劳动者受刑事处分期间，如收容审查、拘留（羁押）、缓刑、监外执行或劳动教养期间，其待遇按国家有关规定执行。

2. 学徒工、熟练工、大中专毕业生在学徒期、熟练期、见习期、试用期及转正定级后的工资待遇由用人单位自主确定。

3. 新就业复员军人的工资待遇由用人单位自主确定；分配到企业的军队转业干部的工资待遇，按国家有关规定执行。

非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法

第一条 根据《工伤保险条例》第六十六条第一款的授权，制定本办法。

第二条 本办法所称非法用工单位伤亡人员，是指无营业执照或者未经依法登记、备案的单位以及被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位受到事故伤害或者患职业病的职工，或者用人单位使用童工造成的伤残、死亡童工。

前款所列单位必须按照本办法的规定向伤残职工或者死亡职工的近亲属、伤残童工或者死亡童工的近亲属给予一次性赔偿。

第三条 一次性赔偿包括受到事故伤害或者患职业病的职工或童工在治疗期间的费用和一次性赔偿金。一次性赔偿金数额应当在受到事故伤害或者患职业病的职工或童工死亡或者经劳动能力鉴定后确定。

劳动能力鉴定按照属地原则由单位所在地设区的市级劳动能力鉴定委员会办理。劳动能力鉴定费用由伤亡职工或童工所在单位支付。

第四条 职工或童工受到事故伤害或者患职业病，在劳动能力鉴定之前进行治疗期间的生活费按照统筹地区上年度职工月平均工资标准确定，医疗费、护理费、住院期间的伙食补助费以及所需的交通费等费用按照《工伤保险条例》规定的标准和范围确定，并全部由伤残职工或童工所在单位支付。

第五条 一次性赔偿金按照以下标准支付：

一级伤残的为赔偿基数的 16 倍，二级伤残的为赔偿基数的 14 倍，三级伤残的为赔偿基数的 12 倍，四级伤残的为赔偿基数的 10

倍，五级伤残的为赔偿基数的 8 倍，六级伤残的为赔偿基数的 6 倍，七级伤残的为赔偿基数的 4 倍，八级伤残的为赔偿基数的 3 倍，九级伤残的为赔偿基数的 2 倍，十级伤残的为赔偿基数的 1 倍。

前款所称赔偿基数，是指单位所在工伤保险统筹地区上年度职工年平均工资。

第六条 受到事故伤害或者患职业病造成死亡的，按照上一年度全国城镇居民人均可支配收入的 20 倍支付一次性赔偿金，并按照上一年度全国城镇居民人均可支配收入的 10 倍一次性支付丧葬补助等其他赔偿金。

第七条 单位拒不支付一次性赔偿的，伤残职工或者死亡职工的近亲属、伤残童工或者死亡童工的近亲属可以向人力资源和社会保障行政部门举报。经查证属实的，人力资源和社会保障行政部门应当责令该单位限期改正。

第八条 伤残职工或者死亡职工的近亲属、伤残童工或者死亡童工的近亲属就赔偿数额与单位发生争议的，按照劳动争议处理的有关规定处理。

第九条 本办法自 2011 年 1 月 1 日起施行。劳动和社会保障部 2003 年 9 月 23 日颁布的《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》同时废止。

建设领域农民工工资支付管理暂行办法

为规范建设领域农民工工资支付行为，预防和解决建筑业企业拖欠或克扣农民工工资问题，根据《中华人民共和国劳动法》、《工资支付暂行规定》等有关规定，制定本办法。

一、本办法适用于在中华人民共和国境内的建筑业企业（以下简称企业）和与之形成劳动关系的农民工。

本办法所指建筑业企业，是指从事土木工程、建筑工程、线路管道设备安装工程、装修工程的新建、扩建、改建活动的企业。

二、县级以上劳动和社会保障行政部门负责企业工资支付的监督管理，建设行政主管部门协助劳动和社会保障行政部门对企业执行本办法的情况进行监督检查。

三、企业必须严格按照《劳动法》、《工资支付暂行规定》和《最低工资规定》等有关规定支付农民工工资，不得拖欠或克扣。

四、企业应依法通过集体协商或其他民主协商形式制定内部工资支付办法，并告知本企业全体农民工，同时抄报当地劳动和社会保障行政部门与建设行政主管部门。

五、企业内部工资支付办法应包括以下内容：支付项目、支付标准、支付方式、支付周期和日期、加班工资计算基数、特殊情况下的工资支付以及其他工资支付内容。

六、企业应当根据劳动合同约定的农民工工资标准等内容，按照依法签订的集体合同或劳动合同约定的日期按月支付工资，并不得低于当地最低工资标准。具体支付方式可由企业结合建筑行业特点在内部工资支付办法中规定。

七、企业应将工资直接发放给农民工本人，严禁发放给“包工头”或其他不具备用工主体资格的组织和个人。

企业可委托银行发放农民工工资。

八、企业支付农民工工资应编制工资支付表，如实记录支付单位、支付时间、支付对象、支付数额等工资支付情况，并保存两年以上备查。

九、工程总承包企业应对劳务分包企业工资支付进行监督，督促其依法支付农民工工资。

十、业主或工程总承包企业未按合同约定与建设工程承包企业结清工程款，致使建设工程承包企业拖欠农民工工资的，由业主或工程总承包企业先行垫付农民工被拖欠的工资，先行垫付的工资数额以未结清的工程款为限。

十一、企业因被拖欠工程款导致拖欠农民工工资的，企业追回的被拖欠工程款，应优先用于支付拖欠的农民工工资。

十二、工程总承包企业不得将工程违反规定发包、分包给不具备用工主体资格的组织或个人，否则应承担清偿拖欠工资连带责任。

十三、企业应定期如实向当地劳动和社会保障行政部门及建设行政主管部门报送本单位工资支付情况。

十四、企业违反国家工资支付规定拖欠或克扣农民工工资的，记入信用档案，并通报有关部门。

建设行政主管部门可依法对其市场准入、招投标资格和新开工项目施工许可等进行限制，并予以相应处罚。

十五、企业应按有关规定缴纳工资保障金，存入当地政府指定的专户，用于垫付拖欠的农民工工资。

十六、农民工发现企业有下列情形之一的，有权向劳动和社会保障行政部门举报：

（一）未按照约定支付工资的；

（二）支付工资低于当地最低工资标准的；

（三）拖欠或克扣工资的；

（四）不支付加班工资的；

（五）侵害工资报酬权益的其他行为。

十七、各级劳动和社会保障行政部门依法对企业支付农民工工资情况进行监察，对违法行为进行处理。企业在接受监察时应当如实报告情况，提供必要的资料和证明。

十八、农民工与企业因工资支付发生争议的，按照国家劳动争议处理有关规定处理。

对事实清楚、不及时裁决会导致农民工生活困难的工资争议案件，以及涉及农民工工伤、患病期间工资待遇的争议案件，劳动争议仲裁委员会可部分裁决；企业不执行部分裁决的，当事人可依法向人民法院申请强制执行。

十九、本办法自发布之日起施行。

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释

为正确审理劳动争议案件，根据《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》，和《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）等相关法律之规定，就适用法律的若干问题，作如下解释。

第一条 劳动者与用人单位之间发生的下列纠纷，属于《劳动法》第二条规定的劳动争议，当事人不服劳动争议仲裁委员会作出的裁决，依法向人民法院起诉的，人民法院应当受理：

（一）劳动者与用人单位在履行劳动合同过程中发生的纠纷；

（二）劳动者与用人单位之间没有订立书面劳动合同，但已形成劳动关系后发生的纠纷；

（三）劳动者退休后，与尚未参加社会保险统筹的原用人单位因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险费而发生的纠纷。

第二条 劳动争议仲裁委员会以当事人申请仲裁的事项不属于劳动争议为由，作出不予受理的书面裁决、决定或者通知，当事人不服，依法向人民法院起诉的，人民法院应当分别情况予以处理：

（一）属于劳动争议案件的，应当受理；

（二）虽不属于劳动争议案件，但属于人民法院主管的其他案件，应当依法受理。

第三条 劳动争议仲裁委员会根据《劳动法》第八十二条之规定，以当事人的仲裁申请超过六十日期限为由，作出不予受理的书面

裁决、决定或者通知，当事人不服，依法向人民法院起诉的，人民法院应当受理；对确已超过仲裁申请期限，又无不可抗力或者其他正当理由的，依法驳回其诉讼请求。

第四条 劳动争议仲裁委员会以申请仲裁的主体不适格为由，作出不予受理的书面裁决、决定或者通知，当事人不服，依法向人民法院起诉的，经审查，确属主体不适格的，裁定不予受理或者驳回起诉。

第五条 劳动争议仲裁委员会为纠正原仲裁裁决错误重新作出裁决，当事人不服，依法向人民法院起诉的，人民法院应当受理。

第六条 人民法院受理劳动争议案件后，当事人增加诉讼请求的，如该诉讼请求与讼争的劳动争议具有不可分性，应当合并审理；如属独立的劳动争议，应当告知当事人向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

第七条 劳动争议仲裁委员会仲裁的事项不属于人民法院受理的案件范围，当事人不服，依法向人民法院起诉的，裁定不予受理或者驳回起诉。

第八条 劳动争议案件由用人单位所在地或者劳动合同履行地的基层人民法院管辖。

劳动合同履行地不明确的，由用人单位所在地的基层人民法院管辖。

第九条 当事人双方不服劳动争议仲裁委员会作出的同一仲裁裁决，均向同一人民法院起诉的，先起诉的一方当事人为原告，但对双方的诉讼请求，人民法院应当一并作出裁决。

当事人双方就同一仲裁裁决分别向有管辖权的人民法院起诉的，后受理的人民法院应当将案件移送给先受理的人民法院。

第十条 用人单位与其他单位合并的，合并前发生的劳动争议，由合并后的单位为当事人；用人单位分立为若干单位的，其分立前发

生的劳动争议，由分立后的实际用人单位为当事人。

用人单位分立为若干单位后，对承受劳动权利义务的单位不明确的，分立后的单位均为当事人。

第十一条 用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，原用人单位与劳动者发生的劳动争议，可以列新的用人单位为第三人。

原用人单位以新的用人单位侵权为由向人民法院起诉的，可以列劳动者为第三人。

原用人单位以新的用人单位和劳动者共同侵权为由向人民法院起诉的，新的用人单位和劳动者列为共同被告。

第十二条 劳动者在用人单位与其他平等主体之间的承包经营期间，与发包方和承包方双方或者一方发生劳动争议，依法向人民法院起诉的，应当将承包方和发包方作为当事人。

第十三条 因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。

第十四条 劳动合同被确认为无效后，用人单位对劳动者付出的劳动，一般可参照本单位同期、同工种、同岗位的工资标准支付劳动报酬。

根据《劳动法》第九十七条之规定，由于用人单位的原因订立的无效合同，给劳动者造成损害的，应当比照违反和解除劳动合同经济补偿金的支付标准，赔偿劳动者因合同无效所造成的经济损失。

第十五条 用人单位有下列情形之一，迫使劳动者提出解除劳动合同的，用人单位应当支付劳动者的劳动报酬和经济补偿，并可支付赔偿金：

（一）以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的；

（二）未按照劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的；

（三）克扣或者无故拖欠劳动者工资的；

（四）拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的；

（五）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的。

第十六条 劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，原用人单位未表示异议的，视为双方同意以原条件继续履行劳动合同。一方提出终止劳动关系的，人民法院应当支持。

根据《劳动法》第二十条之规定，用人单位应当与劳动者签订无固定期限劳动合同而未签订的，人民法院可以视为双方之间存在无固定期限劳动合同关系，并以原劳动合同确定双方的权利义务关系。

第十七条 劳动争议仲裁委员会作出仲裁裁决后，当事人对裁决中的部分事项不服，依法向人民法院起诉的，劳动争议仲裁裁决不发生法律效力。

第十八条 劳动争议仲裁委员会对多个劳动者的劳动争议作出仲裁裁决后，部分劳动者对仲裁裁决不服，依法向人民法院起诉的，仲裁裁决对提出起诉的劳动者不发生法律效力；对未提出起诉的部分劳动者，发生法律效力，如其申请执行的，人民法院应当受理。

第十九条 用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。

第二十条 用人单位对劳动者作出的开除、除名、辞退等处理，或者因其他原因解除劳动合同确有错误的，人民法院可以依法判决予以撤销。

对于追索劳动报酬、养老金、医疗费以及工伤保险待遇、经济补偿金、培训费及其他相关费用等案件，给付数额不当的，人民法院可以予以变更。

第二十一条 当事人申请人民法院执行劳动争议仲裁机构作出的发生法律效力的裁决书、调解书，被申请人提出证据证明劳动争议仲裁裁决书、调解书有下列情形之一，并经审查核实的，人民法院可以

根据《民事诉讼法》第二百一十七条之规定，裁定不予执行：

（一）裁决的事项不属于劳动争议仲裁范围，或者劳动争议仲裁机构无权仲裁的；

（二）适用法律确有错误的；

（三）仲裁员仲裁该案时，有徇私舞弊、枉法裁决行为的；

（四）人民法院认定执行该劳动争议仲裁裁决违背社会公共利益的。

人民法院在不予执行的裁定书中，应当告知当事人在收到裁定书之次日起三十日内，可以就该劳动争议事项向人民法院起诉。

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）

为正确审理劳动争议案件，根据《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国民事诉讼法》等相关法律规定，结合民事审判实践，对人民法院审理劳动争议案件适用法律的若干问题补充解释如下：

第一条 人民法院审理劳动争议案件，对下列情形，视为劳动法第八十二条规定的“劳动争议发生之日”：

（一）在劳动关系存续期间产生的支付工资争议，用人单位能够证明已经书面通知劳动者拒付工资的，书面通知送达之日为劳动争议发生之日。用人单位不能证明的，劳动者主张权利之日为劳动争议发生之日。

（二）因解除或者终止劳动关系产生的争议，用人单位不能证明劳动者收到解除或者终止劳动关系书面通知时间的，劳动者主张权利之日为劳动争议发生之日。

（三）劳动关系解除或者终止后产生的支付工资、经济补偿金、福利待遇等争议，劳动者能够证明用人单位承诺支付的时间为解除或者终止劳动关系后的具体日期的，用人单位承诺支付之日为劳动争议发生之日。劳动者不能证明的，解除或者终止劳动关系之日为劳动争议发生之日。

第二条 拖欠工资争议，劳动者申请仲裁时劳动关系仍然存续，用人单位以劳动者申请仲裁超过六十日为由主张不再支付的，人民法院不予支持。但用人单位能够证明劳动者已经收到拒付工资的书面通

知的除外。

第三条 劳动者以用人单位的工资欠条为证据直接向人民法院起诉，诉讼请求不涉及劳动关系其他争议的，视为拖欠劳动报酬争议，按照普通民事纠纷受理。

第四条 用人单位和劳动者因劳动关系是否已经解除或者终止，以及应否支付解除或终止劳动关系经济补偿金产生的争议，经劳动争议仲裁委员会仲裁后，当事人依法起诉的，人民法院应予受理。

第五条 劳动者与用人单位解除或者终止劳动关系后，请求用人单位返还其收取的劳动合同定金、保证金、抵押金、抵押物产生的争议，或者办理劳动者的人事档案、社会保险关系等移转手续产生的争议，经劳动争议仲裁委员会仲裁后，当事人依法起诉的，人民法院应予受理。

第六条 劳动者因为工伤、职业病，请求用人单位依法承担给予工伤保险待遇的争议，经劳动争议仲裁委员会仲裁后，当事人依法起诉的，人民法院应予受理。

第七条 下列纠纷不属于劳动争议：

（一）劳动者请求社会保险经办机构发放社会保险金的纠纷；

（二）劳动者与用人单位因住房制度改革产生的公有住房转让纠纷；

（三）劳动者对劳动能力鉴定委员会的伤残等级鉴定结论或者对职业病诊断鉴定委员会的职业病诊断鉴定结论的异议纠纷；

（四）家庭或者个人与家政服务人员之间的纠纷；

（五）个体工匠与帮工、学徒之间的纠纷；

（六）农村承包经营户与受雇人之间的纠纷。

第八条 当事人不服劳动争议仲裁委员会作出的预先支付劳动者部分工资或者医疗费用的裁决，向人民法院起诉的，人民法院不予受理。

用人单位不履行上述裁决中的给付义务，劳动者依法向人民法院申请强制执行的，人民法院应予受理。

第九条 劳动者与起有字号的个体工商户产生的劳动争议诉讼，人民法院应当以营业执照上登记的字号为当事人，但应同时注明该字号业主的自然情况。

第十条 劳动者因履行劳动力派遣合同产生劳动争议而起诉，以派遣单位为被告；争议内容涉及接受单位的，以派遣单位和接受单位为共同被告。

第十一条 劳动者和用人单位均不服劳动争议仲裁委员会的同一裁决，向同一人民法院起诉的，人民法院应当并案审理，双方当事人互为原告和被告。在诉讼过程中，一方当事人撤诉的，人民法院应当根据另一方当事人的诉讼请求继续审理。

第十二条 当事人能够证明在申请仲裁期间内因不可抗力或者其他客观原因无法申请仲裁的，人民法院应当认定申请仲裁期间中止，从中止的原因消灭之次日起，申请仲裁期间连续计算。

第十三条 当事人能够证明在申请仲裁期间内具有下列情形之一的，人民法院应当认定申请仲裁期间中断：

（一）向对方当事人主张权利；

（二）向有关部门请求权利救济；

（三）对方当事人同意履行义务。

申请仲裁期间中断的，从对方当事人明确拒绝履行义务，或者有关部门作出处理决定或明确表示不予处理时起，申请仲裁期间重新计算。

第十四条 在诉讼过程中，劳动者向人民法院申请采取财产保全措施，人民法院经审查认为申请人经济确有困难，或有证据证明用人单位存在欠薪逃匿可能的，应当减轻或者免除劳动者提供担保的义务，及时采取保全措施。

第十五条 人民法院作出的财产保全裁定中，应当告知当事人在劳动仲裁机构的裁决书或者在人民法院的裁判文书生效后三个月内申请强制执行。逾期不申请的，人民法院应当裁定解除保全措施。

第十六条 用人单位制定的内部规章制度与集体合同或者劳动合同约定的内容不一致，劳动者请求优先适用合同约定的，人民法院应予支持。

第十七条 当事人在劳动争议调解委员会主持下达成的具有劳动权利义务内容的调解协议，具有劳动合同的约束力，可以作为人民法院裁判的根据。

当事人在劳动争议调解委员会主持下仅就劳动报酬争议达成调解协议，用人单位不履行调解协议确定的给付义务，劳动者直接向人民法院起诉的，人民法院可以按照普通民事纠纷受理。

第十八条 本解释自二〇〇六年十月一日起施行。本解释施行前本院颁布的有关司法解释与本解释规定不一致的，以本解释的规定为准。

本解释施行后，人民法院尚未审结的一审、二审案件适用本解释。本解释施行前已经审结的案件，不得适用本解释的规定进行再审。

关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）

为正确审理劳动争议案件，根据《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国劳动合同法》、《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》、《中华人民共和国民事诉讼法》等相关法律规定，结合民事审判实践，特作如下解释。

第一条 劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失而发生争议的，人民法院应予受理。

第二条 因企业自主进行改制引发的争议，人民法院应予受理。

第三条 劳动者依据劳动合同法第八十五条规定，向人民法院提起诉讼，要求用人单位支付加付赔偿金的，人民法院应予受理。

第四条 劳动者与未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营的用人单位发生争议的，应当将用人单位或者其出资人列为当事人。

第五条 未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营的用人单位，以挂靠等方式借用他人营业执照经营的，应当将用人单位和营业执照出借方列为当事人。

第六条 当事人不服劳动人事争议仲裁委员会作出的仲裁裁决，依法向人民法院提起诉讼，人民法院审查认为仲裁裁决遗漏了必须共同参加仲裁的当事人的，应当依法追加遗漏的人为诉讼当事人。

被追加的当事人应当承担责任的，人民法院应当一并处理。



第七条 用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。

第八条 企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，因与新的用人单位发生用工争议，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳动关系处理。

第九条 劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。

第十条 劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成的协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效。

前款协议存在重大误解或者显失公平情形，当事人请求撤销的，人民法院应予支持。

第十一条 劳动人事争议仲裁委员会作出的调解书已经发生法律效力，一方当事人反悔提起诉讼的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。

第十二条 劳动人事争议仲裁委员会逾期未作出受理决定或仲裁裁决，当事人直接提起诉讼的，人民法院应予受理，但申请仲裁的案件存在下列事由的除外：

（一）移送管辖的；

（二）正在送达或送达延误的；

（三）等待另案诉讼结果、评残结论的；

（四）正在等待劳动人事争议仲裁委员会开庭的；

（五）启动鉴定程序或者委托其他部门调查取证的；

（六）其他正当事由。

当事人以劳动人事争议仲裁委员会逾期未作出仲裁裁决为由提起诉讼的，应当提交劳动人事争议仲裁委员会出具的受理通知书或者其他已接受仲裁申请的凭证或证明。

第十三条 劳动者依据调解仲裁法第四十七条第（一）项规定，追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，如果仲裁裁决涉及数项，每项确定的数额均不超过当地月最低工资标准十二个月金额的，应当按照终局裁决处理。

第十四条 劳动人事争议仲裁委员会作出的同一仲裁裁决同时包含终局裁决事项和非终局裁决事项，当事人不服该仲裁裁决向人民法院提起诉讼的，应当按照非终局裁决处理。

第十五条 劳动者依据调解仲裁法第四十八条规定向基层人民法院提起诉讼，用人单位依据调解仲裁法第四十九条规定向劳动人事争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销仲裁裁决的，中级人民法院应不予受理；已经受理的，应当裁定驳回申请。

被人民法院驳回起诉或者劳动者撤诉的，用人单位可以自收到裁定书之日起三十日内，向劳动人事争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销仲裁裁决。

第十六条 用人单位依照调解仲裁法第四十九条规定向中级人民法院申请撤销仲裁裁决，中级人民法院作出的驳回申请或者撤销仲裁裁决的裁定为终审裁定。

第十七条 劳动者依据劳动合同法第三十条第二款和调解仲裁法第十六条规定向人民法院申请支付令，符合民事诉讼法第十七章督促程序规定的，人民法院应予受理。

依据劳动合同法第三十条第二款规定申请支付令被人民法院裁定终结督促程序后，劳动者就劳动争议事项直接向人民法院起诉的，人民法院应当告知其先向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。

依据调解仲裁法第十六条规定申请支付令被人民法院裁定终结督促程序后，劳动者依据调解协议直接向人民法院提起诉讼的，人民法院应予受理。

第十八条 劳动人事争议仲裁委员会作出终局裁决，劳动者向人民法院申请执行，用人单位向劳动人事争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销的，人民法院应当裁定中止执行。

用人单位撤回撤销终局裁决申请或者其申请被驳回的，人民法院应当裁定恢复执行。仲裁裁决被撤销的，人民法院应当裁定终结执行。

用人单位向人民法院申请撤销仲裁裁决被驳回后，又在执行程序中以相同理由提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。

后 记

《大律师教你打官司》丛书经过长达两年时间的策划、编写、修改完善，终于要与广大读者见面了。这是几十位编写、策划和审定人员特别感到欣慰的事情。

这套丛书以在第一线从事司法实务和理论研究工作的律师同志为主体，吸收了法官、法学教师等参与编写。本书由戴玉龙、陈国强策划，何菲菲、孙兰英、李立勇、史文建、何伟强、阚宗兰、郭伟、赵县委、李建芳、戴玉松、胡萍、郑伟、陈谦等同志参与了本书的编写工作。材料来源主要是司法实践中出现的典型、疑难案例。经过编写人员的深入研究和加工完善，既能作为普通读者学习掌握法律知识的通俗读本，也可以为司法实务提供参考的借鉴。

感谢戴玉龙编辑对本书的深度加工及提出的宝贵意见，使本书能够顺利出版。书中仍然存在的不尽完善之处，敬请广大读者批评指正。

编者

2012 年 12 月于北京

[General Information 本信息由OnlyDown 1.6秋意版生成]
书名=大律师教你打官司　6　劳动关系纠纷案例
作者=戴玉龙，陈国强策划；陈国强编著
页码=442
ISBN=
SS号=13176801
dxNumber=000011702866
出版时间=2013.01
出版社=中国经济大学出版社
定价：
试读地址=http://book.szdnet.org.cn/views/specific/2929/bookDetail.jsp?dxNumber=000011702866&d=93142AEB88AC9E17EC2642F74874235A&fenlei=041003#ctop
全文地址=8be94de0a6105f17e1776ee3ff303a1a/img17/F97913DC0502267441F964F519B2504569530580EF4D5E8CC7622819AD93008719ED4BE9B2E9F85BCF9863C680D826328D17954987C091699938063C91159CCAA846BA2C997E5A6F3B0D3F620D2E925E8320DAE11926A77B8325995DF1999A6F0E02E356CBAEADD733604B9EE80000BD641D/n35/qw/